Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi

Parlament und Verfassung in den konstitutionellen Verfassungssystemen Europas

a cura di/hrsg. von

Anna Gianna Manca - Luigi Lacchè





Società editrice il Mulino
Bologna

Duncker & Humblot
Berlin

Istituto trentino di cultura

Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento
Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient

Contributi/Beiträge 13

I lettori che desiderano informarsi
sui libri e sull'insieme delle attività della
Società editrice il Mulino
possono consultare il sito Internet:

www.mulino.it

Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi

Parlament und Verfassung in den konstitutionellen Verfassungssystemen Europas

a cura di/hrsg. von

Anna Gianna Manca - Luigi Lacchè





Società editrice il Mulino
Bologna

Duncker & Humblot
Berlin

Centro per gli studi storici italo-germanici in Trento

Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi / Parlament und Verfassung in den europäischen konstitutionellen Verfassungssystemen des 19. Jahrhunderts

Trento, 30 novembre - 2 dicembre 2000

PARLAMENTO

e costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi = Parlament und Verfassung in den Europas konstitutionellen Verfassungssystemen / a cura di = hrsg. von Anna Gianna Manca, Luigi Lacchè. - Bologna : Il mulino ; Berlin : Duncker & Humblot, 2003. - 467 p. ; 24 cm. - (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi = Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient. Beiträge ; 13)

Atti del convegno tenuto a Trento nei giorni 30 novembre - 2 dicembre 2000. - Nell'occh. : Istituto trentino di cultura.

ISBN 88-15-09602-7 - ISBN 3-428-11278-4

1. Parlamenti - Diritto costituzionale - Europa - Sec.XIX - Congressi - Trento - 2000 2. Costituzionalismo - Europa - Sec. XIX - Congressi - Trento - 2000 I. Manca, Anna Gianna II. Lacchè, Luigi

342.405 Scheda a cura della Biblioteca ITC

Composizione e impaginazione a cura dell'Ufficio Editoria ITC

ISBN 88-15-09602-7
ISBN 3-424-11278-4

Sommario/Inhalt

Introduzione

di *Anna Gianna Manca*

I.

Il convegno internazionale di cui si pubblicano qui gli Atti, organizzato dal Centro per gli studi storici italo-germanici dal 30 novembre al 2 dicembre 2000 e coordinato da Luigi Lacchè (Macerata) e da chi scrive, si proponeva di riprendere in modo organico alcuni nodi problematici rimasti necessariamente sullo sfondo durante i lavori del precedente convegno organizzato dall'ITC-isig all'interno del progetto «Il costituzionalismo europeo ottocentesco»[1] .

In quell'occasione, l'interrogativo-guida dei lavori era stato, molto sinteticamente, il nesso «costituzionalizzazione – parlamentarizzazione», ci si era cioè soffermati a riflettere sulla misura in cui l'introduzione di un sistema costituzionale di governo avesse portato anche alla parlamentarizzazione del sistema politico, o perlomeno ad una 'naturalizzazione' dell'istituzione parlamentare nella realtà e nella dinamica politico-istituzionale dei differenti Stati europei di epoca costituzionale. Attraverso il convegno in questione, invece, si è cercato di valutare quale sia stato il ruolo che il parlamento, una volta riunitosi, svolse, poté costituzionalmente svolgere, o, a seconda delle circostanze, si limitò a svolgere, in relazione alla costituzione vigente, e in particolare: a. nell'assicurare il rispetto delle determinazioni della costituzione scritta reclamanti attuazione legislativa (posto che in tutti i regimi monarchico- costituzionali[2]

[1] Di questo convegno, svoltosi dal 22 al 24 ottobre 1999, sono stati pubblicati gli atti in A.G. Manca - W. Brauneder (edd), *L'istituzione parlamentare nel XIX secolo. Una prospettiva comparata* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/ Beiträge, 10), Bologna 2000. Nella presente Introduzione si riprendono e rielaborano anche alcune valutazioni già formulate in *I parlamenti europei di epoca costituzionale. Per un bilancio dei lavori del convegno trentino*, in «Le Carte e la Storia», 2001, 2, pp. 63-72.

[2] Nel parlare di sistemi monarchico-costituzionali, anziché solo di sistemi costituzionali, si riprende qui la tesi principale del lavoro di M. Kirsch, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp* –

il parlamento era fattore della legislazione insieme al governo[3]); b. nel proteggere lo spirito e la lettera della costituzione da eventuali violazioni dell'esecutivo (meno attuale era allora considerata in Europa la minaccia da parte del legislativo); c. nel momento in cui era all'ordine del giorno, esplicitamente o surrettiziamente, la questione della revisione o della modifica del testo costituzionale.

Il convegno si prefiggeva pertanto l'obiettivo di ricostruire, rispetto a singole significative esperienze statali europee, ma accogliendo allo stesso tempo la sfida implicitamente contenuta nella storia costituzionale comparata di mettere in relazione prospettive nazionali e transnazionali[4], e soprattutto prendendo le distanze da una visione della costituzionalizzazione come atto 'puntuale' e 'volontaristico' per sottolinearne invece il carattere inevitabilmente storico-processuale, le dinamiche politico-costituzionali che caratterizzarono l'attività dei parlamenti nazionali europei in materia di attuazione, difesa e revisione della costituzione.

II.

a. Per quanto riguarda il primo punto, l'attuazione della costituzione, è necessario premettere che sin dall'inizio era presente la consapevolezza

Frankreich im Vergleich, Göttingen 1999, il quale, prendendo le mosse dall'assunto per cui il rapporto di forza tra governo e parlamento deve essere considerato come l'elemento fondamentale e portante dello Stato costituzionale europeo del XIX secolo (p. 20), giunge alla conclusione che l'aspetto caratteristico di tutta la vicenda politico-costituzionale dell'Europa di epoca costituzionale può essere identificato nella struttura «monarchica» del costituzionalismo (pp. 24 e 386 ss.). In questo modo Kirsch, che evidentemente fa ricorso a una concezione «larga» e «funzionale» della monarchia, intesa cioè come «dominio di un singolo» la cui legittimità non necessariamente deve poggiare su regolare elezione o su base dinastica (pp. 45-47 e pp. 387-390), riesce a far rientrare all'interno della definizione di costituzionalismo monarchico anche i periodi di governo giacobino e repubblicano della Francia di epoca costituzionale, la considerazione della quale è peraltro al centro dell'interesse comparatistico dello studioso tedesco.

[3] Tra i contributi più importanti a una sintetica ma assai articolata ricostruzione storico-sistematica del ruolo della rappresentanza popolare nella forma di governo monarchico-costituzionale, in particolare quale realizzatasi in Germania, si segnala qui J.-D. KÜHNE, *Volksvertretungen im monarchischen Konstitutionalismus (1814-1918)*, in H.-P. SCHNEIDER - W. ZEH (edd), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland. Ein Handbuch*, Berlin - New York 1989, pp. 49-100.

[4] Cfr. a questo proposito M. VEC, *Vergleichende Verfassungsgeschichte. Historiographische Perspektiven*, in «Rechtshistorisches Journal», 20, 2001, pp. 90-108 e la relativa bibliografia ivi riportata.

che lo studio del rapporto tra testo costituzionale e sua attuazione legislativa concreta implicava necessariamente un accertamento puntuale, da condurre direttamente sul testo costituzionale, del più o meno spiccato carattere politico-programmatico del suo impianto.

Le cosiddette *konstitutionelle Verfassungen* non rispondevano infatti, ancor meno delle costituzioni europee dell'ultima generazione, ad ogni domanda sulla concreta organizzazione istituzionale e sul quotidiano funzionamento dello Stato, né regolavano nei minimi particolari la condizione del cittadino nella società e nello Stato e in particolare i suoi diritti di libertà. L'epoca costituzionale ci pone più spesso e forse immancabilmente di fronte a costituzioni indubitabilmente rappresentative ma nondimeno generalmente incapaci, sia di annullare d'un colpo tutte le istituzioni dello Stato assolutistico-per ceti e di erigerne immediatamente di nuove secondo più moderni principi univocamente costituzional-rappresentativi, sia di abolire senza residui i privilegi feudal-cetuali e le condizioni di soggezione personali esistenti, instaurando così irrevocabilmente un moderno Stato costituzionale di diritto, almeno da un punto di vista giuridico-formale.

Tutt'altro che rare furono così le costituzioni che in molti punti si 'limitarono' sia ad enunciare i 'grandi principi' che avrebbero dovuto orientare la vita politica, sociale ed economica di uno Stato, sia ad annunciare le leggi di riforma che il legislatore avrebbe dovuto emanare per dare corpo e gambe allo 'spirito' della costituzione, indicando in questo modo anche contemporaneamente quelle materie costituzionali la cui regolazione avrebbe potuto e dovuto avvenire solo lungo la via della legislazione, risultare cioè dalla collaborazione fattiva tra parlamento e governo. Contemporaneamente, questo particolare carattere 'politico-programmatico' delle carte costituzionali, trovava immediata corrispondenza in una caratteristica della legislazione di epoca costituzionale, la cui novità è stata opportunamente sottolineata da Rolf Grawert: «Dall'entrata in vigore delle costituzioni scritte le leggi fanno riferimento in modo particolare a incarichi di regolazione normativa ricevuti dalla costituzione ed alla costituzionalità del loro stesso venire in essere. È evidente – conclude Grawert – lo sforzo della legislazione di tenere la costituzione come sua base e limite»[5].

[5] Cfr. R. GRAWERT, *Gesetzgebung im Wirkungszusammenhang konstitutioneller Regierung*, in *Gesetzgebung als Faktor der Staatsentwicklung* (Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar am 21./22. März 1983, Beiheft zu «Der Staat», 7), Berlin 1984, pp. 113-160, qui p. 115.

A ben vedere, una costituzione che si identificasse con la totalità dell'ordinamento giuridico e penetrasse in ogni più remoto anfratto della vita politica, sociale ed economica di uno Stato, se da un lato avrebbe costituito una contraddizione in termini e una pretesa assurda (essa non può evidentemente avere la stessa concretezza di una legge o di un regolamento attuativo), dall'altro avrebbe anche svuotato di significato e privato di dignità e libertà, l'istituzione per eccellenza delle nuove 'costituzioni costituzionali', la rappresentanza popolare.

Qualunque ne sia stato però il motivo, più o meno intrinseco, le nuove costituzioni si presentavano non di rado e in numerosi punti come dei veri e propri programmi politici, dato che molte di esse prospettavano, annunciavano, o 'promettevano' per il futuro l'emanazione di leggi organiche, leggi cioè di valenza costituzionale aventi lo scopo di completare l'impianto 'di cornice'[6], e quindi necessariamente incompiuto e lacunoso, della costituzione; o, più concretamente, lo scopo a volte di dare concreta attuazione all'affermazione dei diritti di libertà dell'individuo, a volte di sostituire o riformare in senso costituzional-rappresentativo le istituzioni ancora ipotecate dal vecchio Stato assolutistico-per ceti. Le nuove costituzioni scritte, proprio perché e nella misura in cui contenevano dei veri e propri «programmi legislativi»[7], furono in grado di mobilitare o di radunare attorno a sé importanti movimenti politici, di segno più o meno

[6] Sulla costituzione come «cornice», più come *Rahmenordnung* («ordinamento di cornice per il rapporto tra stato e cittadino e per l'istituzione, la definizione delle competenze e la sovraordinazione dei massimi organi statali») che come *Grundordnung* della collettività (costituzione «che già contiene in sé, in nuce, l'ordinamento giuridico, così che questo non viene conformato primariamente e del tutto liberamente dal legislatore, ma viene da esso concretizzato secondo il contenuto di valore fondamentale della costituzione»), cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft*, in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M. 1991 (originariamente in N. ACHTERBERG - W. KRAWIETZ - D. WYDUCKEL [edd], *Recht und Staaat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Berlin 1983), pp. 11-28, in particolare p. 17 e *passim*, e inoltre, dello stesso autore, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, *ibidem*, pp. 53-89, in particolare pp. 58 e 86-87. Per un commento ampio e profondo delle posizioni di Böckenförde si rinvia a M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la 'costituzione'?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 21, 1992, pp. 623-637, in particolare pp. 629-630 e 635; cfr. inoltre J. ISENSEE, *Verfassungsrecht als «politisches Recht»*, in J. ISENSEE - P. KIRCHHOF (edd), *Handbuch des Staatsrechts*, VII: *Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen*, Heidelberg 1992, pp. 103-163, in particolare pp. 128 s.

[7] Sui «Gesetzgebungsprogramme» contenuti nelle nuove 'costituzioni costituzionali' si veda R. GRAWERT, *Gesetzgebung im Wirkungszusammenhang*, cit., p. 125.

spiccatamente liberale, con l'obiettivo di dare attuazione al programma politico da esse espresso e di difenderlo da coloro che mostravano di volerne contrastare lo spirito e la lettera.

Certo, lo studio del rapporto tra testo costituzionale e sua attuazione legislativa concreta implica una valutazione attenta e competente di tutta o di gran parte della produzione legislativa del parlamento di epoca costituzionale. A condurre in porto un'impresa di questo tipo, è però evidente, molto difficilmente poteva riuscire il singolo studioso, anzitutto in considerazione della scarsità di lavori preparatori compiuti nella prospettiva e con l'obiettivo appena detti per l'intera epoca costituzionale dei singoli stati nazionali nonché per i differenti settori della legislazione[8]. Oltre a ciò era chiaro sin dall'inizio che non tutti i casi nazionali che si intendevano considerare si sarebbero prestati, per così dire, 'naturalmente' ad essere sottoposti a un simile vaglio, visto che non sempre o non tutta la legislazione di epoca costituzionale si presentava, evidentemente, come attuazione della costituzione.

Ciononostante, è sembrato interessante proporre di soffermarsi a riflettere sul carattere 'politico-programmatico' delle costituzioni costituzionali ottocentesche, con una sostanziale retrodatazione storica da un lato, e una valorizzazione positiva dall'altro, del campo semantico di riferimento dell'aggettivo 'programmatico', in particolare rispetto all'uso generalmente fattone dai costituzionalisti novecenteschi; troppo spesso questi ultimi infatti o hanno contrapposto il carattere programmatico delle costituzioni novecentesche (particolarmente di quelle che portavano ad affermazione l'ideale dello Stato sociale oltre che dello Stato di diritto) a quello presunto 'solo' organizzativo di quelle ottocentesche[9], o, ancora più spesso, hanno inteso come disvalore il carattere politico-programmatico delle costituzioni ottocentesche nel momento in cui lo

[8] Si veda a questo proposito B. DÖLEMEYER, *Bericht über Editionen und Neuausgaben von Gesetzgebungsmaterialien des 19. und 20. Jahrhunderts*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 8, 1986, 1-2, pp. 54-65.

[9] Sulla «natura prevalentemente organizzatoria» delle costituzioni liberali ottocentesche (p. 875), costituzioni che sono da definirsi come «costituzioni statali», in quanto presuppongono uno Stato già esistente, si occupano «solo delle articolazioni dello Stato, della loro organizzazione e dei limiti alla loro azione», lasciando però «fuori la politica» (pp. 872-873), in contrapposizione alle «costituzioni politiche» novecentesche, che si occupano anche della società e hanno reimmesso in circolo il potere costituente (pp. 876-877), cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano 2001, tomo II, pp. 871-888.

hanno visto in contrapposizione con il carattere precettivo, rivolto cioè non solo al legislatore ma anche alle corti, di quelle novecentesche dell'ultima generazione[10].

Attraverso una tale riflessione infatti si ha la possibilità, da un lato, di mettere in evidenza quanto differenti potessero essere tra di loro costituzioni che pure la tradizionale storiografia sui modelli costituzionali ha generalmente considerato come appartenenti al medesimo ceppo (ad esempio il nostro Statuto e la costituzione prussiana del 1850), e, dall'altro, ciò che è ancora più importante, di verificare se effettivamente sia nonostante tutto riscontrabile una affinità, proprio dal punto di vista del loro carattere politico-programmatico, tra molte costituzioni del XIX secolo e le nostre attualmente vigenti, solitamente risalenti alla metà del XX secolo. Quest'ultima percezione è peraltro andata diventando sempre più netta quanto più storicamente documentabile appariva, con il nuovo consolidarsi negli ultimi decenni degli studi storico-costituzionali, la forte risalenza ottocentesca dei termini discorsivi in cui spesso a partire dal secondo dopoguerra si sono mossi e ancora oggi si muovono i dibattiti politico-giuridici sulle costituzioni, in particolare quelli sul carattere di

[10] Da ultimo tuttavia non sono mancate le voci di chi, immettendo nuovi elementi di riflessione nelle linee tradizionali della scienza giuscostituzionalistica e storico-costituzionale, ammette che anche nelle costituzioni attualmente vigenti, e quindi non solo in quelle ottocentesche, possono incontrarsi «disposizioni meramente programmatiche e non immediatamente precettive, ... disposizioni che si rivolgono non direttamente alle corti e ai cittadini, ma al legislativo, affinché in futuro adotti leggi conformi al principio costituzionale, [e] che restano però, fino all'emanazione di tali leggi, sostanzialmente lettera morta» (cfr. P.G. MONATERI, *La circolazione dei modelli giuridici e le sue conseguenze per l'Unione Europea*, in A.M. PETRONI [ed], *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Bologna 2001, pp. 87-122, qui p. 109); in questo modo si apre infatti un importante varco alla possibilità di non continuare ad ignorare importanti punti in comune nella configurazione normativa delle costituzioni ottocentesche e di quelle novecentesche. Contro la contrapposizione di principio (e quindi anche storica) tra norme programmatiche e norme precettive si pronunciò già C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano 1962, pp. 139-231, qui p. 172: «Deve quindi escludersi che vi siano norme 'direttive' o meramente 'programmatiche' sfornite di valore giuridico per il fatto che non se ne possa enucleare alcun precetto concreto, e ciò perché ogni statuizione inserita nel testo costituzionale entra a comporre il sistema positivo e non può non influenzarlo, almeno in quanto concorre a fornire criteri per la sua interpretazione». Proseguiva inoltre Mortati, con un'argomentazione molto interessante per il discorso qui profilato sull'ancoraggio del carattere politico-programmatico di una costituzione a 'promesse' di leggi future, affermando: «Tanto meno esatto sarebbe poi contestare l'efficacia vincolante di norme le quali, pur riconoscendo in modo esplicito e preciso un determinato diritto, rinviano ad una legge futura la determinazione dei limiti al loro esercizio, o di una loro disciplina meglio specificata» (*ibidem*).

norma giuridica vincolante delle disposizioni costituzionali più spiccatamente (politico-)programmatiche[11] e sulla loro traduzione in pratica, più o meno mancata e più o meno tardiva[12]. Chi si soffermasse sul disincanto che trapela dall'analisi di Costantino Mortati degli anni Sessanta sullo stato di attuazione della costituzione italiana del 1948 a distanza di molti anni dalla sua entrata in vigore[13], senza fatica vi ritroverà l'eco, ad esempio, degli accorati appelli dei liberali prussiani ottocenteschi a dare attuazione alle 'promesse' di legge contenute nella costituzione del 1850, per citare due costituzioni che pure, a prima vista, sembrerebbero non avere mai avuto nulla in comune, oltre che appartenere a generazioni costituzionali differenti.

Comprensibilmente arduo è dunque il compito che attende lo studioso che voglia mettere a fuoco la natura del rapporto che storicamente si instaurò, sotto la vigenza delle costituzioni ottocentesche, quando cioè la attuazione delle costituzioni a differenza che nel Novecento spettava unicamente al parlamento[14], tra l'affermazione di principi e la formu-

[11] Gli esempi dalla dottrina giuspubblicistica otto e novecentesca che si potrebbero fare a questo riguardo sono numerosissimi: basti qui ricordare il dibattito svoltosi in Italia nel periodo successivo all'entrata in vigore della costituzione repubblicana «circa l'idoneità delle disposizioni a carattere programmatico ad esercitare effetti giuridici immediati», dibattito poi risolto da una famosa sentenza della Corte costituzionale (cfr. A. PIZZORUSSO, *Costituzioni liberali e democratiche*, in *Storia d'Europa*, 4: B. BONGIOVANNI - G.C. JOCTEAU - N. TRANFAGLIA [edd], *La dimensione continentale*, Firenze 1981, pp. 1511-1528, in particolare p. 1523).

[12] Cfr. a questo proposito, rappresentativo per tante altre possibili e più risalenti citazioni bibliografiche, il lavoro di P. GROSSI sulla costituzione italiana del 1948, *Attuazione ed inattuazione della Costituzione*, Milano 2002.

[13] Cfr. il § 64: «Vicende del procedimento di attuazione della Costituzione» del lavoro di C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, cit., pp. 229-231.

[14] Con le costituzioni emanate nel secondo dopoguerra del XX secolo all'attuazione delle carte costituzionali parteciperanno attivamente infatti anche le corti costituzionali, spesso invadendo peraltro un ambito precedentemente di competenza esclusiva del legislativo; cfr. a questo proposito, tra gli altri, A. RUGGERI - G. SILVESTRI, *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano 2000, ma soprattutto, per un utilissimo inquadramento storico-costituzionale della problematica, M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna 1998, pp. 17, 19-20, 36, 103, 107-108. Su «Parlamento e attuazione costituzionale» cfr. S. LABRIOLA, *Sviluppo e decadenza della tesi della centralità del Parlamento: dall'unità nazionale ai governi Craxi*, in L. VIOLANTE (ed), con la collaborazione di F. Piazza, *Il Parlamento* (*Storia d'Italia.* Annali 17), Torino 2001, pp. 385-418, in particolare pp. 397-398, ma anche P. FRANCESCHI - G. ZAGREBELSKY, *Il colegislatore e il Parlamento*, in «Quaderni costituzionali», 1981, 1, pp. 162 ss.

lazione di direttive politiche nel testo costituzionale da un lato e la loro attuazione/traduzione legislativa dall'altro. Relativamente meno impegnativa ma forse più problematica e rischiosa poteva rivelarsi la scelta di indagare sugli altri due nodi posti al centro della riflessione. Soffermiamoci brevemente sul secondo.

b. L'intento di definire puntualmente e circoscrivere il ruolo del parlamento nella difesa del testo e/o dello spirito della costituzione da attacchi sferrati più o meno apertamente dagli organi dell'esecutivo, poteva essere immediatamente criticato per la rilevanza conferita ad una questione che certo poteva apparire di spessore storico trascurabile, se non addirittura inconsistente, soprattutto se affrontata nella consapevolezza che in quasi tutte le realtà nazionali di epoca costituzionale, o perlomeno nella loro stragrande maggioranza, l'istituzione parlamentare non giunse mai a esercitare appieno quella funzione di controllo dell'esecutivo e di ispezione della sua attività che pure gli era intrinsecamente connaturata.

Nella migliore delle ipotesi l'accoglimento della sfida insita nel voler affrontare questo tema rischiava di doversi limitare all'evidenziazione di circostanze assolutamente eccezionali che, a ben vedere, al massimo potevano essere utili solo a confermare la regola della generale impotenza del parlamento nei confronti degli attentati alla costituzione impunemente sferrati dal polo monarchico-governativo. Nella peggiore delle ipotesi, invece, particolarmente qualora si desse per scontata in partenza la scarsa rilevanza euristica complessiva dell'enumerazione delle circostanze eccezionali di cui si è appena detto, e ci si arrendesse all'affermazione secondo cui il parlamento, in materia di controllo dell'esecutivo, poté giocare sempre e solo un ruolo negativo vista anche l'insufficienza e/o la 'imperfezione' dei poteri costituzionalmente assegnatigli in materia, la ricerca rischiava di non riuscire nemmeno a decollare per l'indefinitezza e l'inconsistenza dell'oggetto.

In questo secondo caso allo studioso, che pure avesse compreso e accettato che «il controllo giurisdizionale della costituzionalità della [norma] non è necessariamente la sola forma possibile di garanzia della costituzione»[15], non rimaneva altra strada se non quella di ripiegare, a partire

[15] Cfr. D. ROUSSEAU, *La garantie de la Constitution*, in J.-P. CLÉMENT - L. JAUME - M. VERPEAUX (edd), *Liberté, libéraux et constitutions* (Association Française des Constitutionnalistes et Maison de Châteaubriand, Colloque de la Vallee-Aux-Loups, 23 septembre 1994), Paris 1997, pp. 97-105, qui p. 97, dove però si parla in realtà di costituzionalità della «legge» anziché della norma.

dagli ormai datati studi storico-giuridici comparati intorno al tema del controllo (politico o giuridico) di costituzionalità delle norme, su una ricerca intorno alle 'origini' nell'Ottocento europeo dell'istituto, però tipicamente novecentesco, del controllo di costituzionalità delle leggi, sorvolando in questo modo sulla considerazione, su cui ha invece richiamato giustamente la massima attenzione Regina Ogorek, che «tra il problema iniziale del controllo delle ordinanze regie e la questione discussa solo molto più tardi delle leggi parlamentari, non c'è alcuna continuità problematica»[16]. Infatti, se parlare di 'origini' ottocentesche del controllo di costituzionalità è assai problematico, anzitutto in considerazione del fatto che i sistemi costituzionali ottocenteschi, eminentemente dualistici e altamente conflittuali, strutturalmente non potevano tollerare e di fatto generalmente non ammisero la presenza di un controllo di costituzionalità affidato a un organo costituzionale arbitrale terzo, indipendente dagli altri organi statali[17] (tanto è vero che del tutto eccezionale fu in epoca costituzionale, e non solo in Francia, il caso che l'autorità giudiziaria si spingesse ad esercitare un controllo di costituzionalità su atti dell'esecutivo presunti incostituzionali[18]), non meno foriero di confusione è parlare per l'Ottocento di controllo di costituzionalità delle norme senza aver prima chiarito due questioni preliminari. In primo luogo, a proposito dell'uso del termine 'norma', che metodologicamente non si può, come già detto, non distinguere precisamente tra leggi e ordinanze[19]; in secondo luogo,

[16] Cfr. R. OGOREK, *Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: Zur Rekonstruktion einer Streitfrage*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 11, 1989, 1/2, pp. 12-38, qui p. 38, dove l'autrice prosegue: «Se nel primo caso si trattava infatti di assicurare la partecipazione dei ceti al processo di creazione statale delle norme, nel controllo delle leggi oggetto di quel controllo doveva essere il risultato dell'esercizio di quei diritti di partecipazione».

[17] La storia ha peraltro dimostrato come l'affermazione del controllo di costituzionalità abbia incontrato forti resistenze non solo in quei sistemi costituzionali dove pure si esaltava il primato del parlamento come luogo della sovranità democratica (tipico il caso della Francia costituzionale) ma anche nei maturi sistemi parlamentari di governo, visto che ciò implicava la subordinazione al diritto superiore della costituzione anche della legge espressione della volontà parlamentare (cfr. E. GROSSO, *Parlamento e Corte costituzionale*, in L. VIOLANTE (ed), *Il Parlamento*, cit., pp. 443-483, qui p. 443, n. 1 e inoltre pp. 446 ss.).

[18] Cfr. a questo proposito, per il caso italiano, M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano 1997, pp. 27 e *passim*.

[19] Dell'assenza nella trattazione di una distinzione metodologica precisa e costante tra controllo di costituzionalità degli atti dell'esecutivo e controllo di costituzionalità degli atti del legislativo risente anche il lavoro di J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzio-*

a proposito dell'uso del termine di 'costituzionalità', che solitamente il controllo avveniva non sulla base degli enunciati materiali della costituzione ma facendo riferimento ad essa in quanto «fonte che disciplina la produzione della legge»[20].

c. Tendenza prevalente della storiografia giuridico-costituzionale odierna, sotto l'influsso del paradigma del positivismo giuridico che è stato dominante per tutto il Novecento[21], sembra essere quella di considerare più avanzate e tecnicamente più perfette le carte costituzionali che esplicitamente hanno previsto la possibilità di una loro revisione giuridico-formale e che quindi, a tutela della loro 'rigidità', hanno definito, sia il potere costituzionale competente a procedere alla loro revisione (solitamente il legislativo e in esso il parlamento), sia procedimenti aggravati di revisione costituzionale (di solito almeno due votazioni parlamentari distanziate nel tempo e\o una maggioranza qualificata dei membri del parlamento, a cui poteva anche aggiungersi la richiesta di un quorum speciale dei presenti al momento della votazione).

Proprio l'osservanza di queste condizioni nel processo di revisione/modifica della costituzione avrebbe assicurato il mantenimento della distinzione e della sovraordinazione gerarchica della costituzione e delle leggi costituzionali, prodotto entrambe del potere costituente e del suo riattualizzarsi, rispetto alle leggi ordinarie, prodotto invece della normale attività di legislazione regolata dalla costituzione; assicurando in tal modo giuridicamente quel primato della costituzione sulla legislazione ordinaria che era stato posto dai padri del moderno Stato costituzionale di diritto come criterio fondamentale del diritto pubblico di epoca costituzionale, anche se altra cosa era evidentemente riuscire a garantire quel primato in modo effettivo e concreto.

Di contro a un'impostazione storico-giuridica classica di questo tipo urge tuttavia riportare in primo piano un duplice ordine di considerazioni. Anzitutto bisogna infatti prendere definitivamente atto del fatto che la

nale nell'Ottocento, Torino 1990, il quale, anche esplicitamente, dice di voler trattare del «sindacato diffuso sulla costituzionalità delle leggi nell'Ottocento» (p. 121), nonostante che subito dopo si affretti a precisare che «Il passo dal controllo delle ordinanze reali al controllo della legge parlamentare era ... tanto lungo quanto il passo da un controllo sui vizi di forma e di competenza ad un controllo sui vizi sostanziali della legge» (p. 124).

[20] Così *ibidem*, p. 122.

[21] Cfr. P.G. MONATERI, *La circolazione dei modelli giuridici*, cit., p. 87.

revisione di una costituzione cosiddetta rigida, per quanto ineccepibile dal punto di vista giuridico-formale, non sempre è stata sinonimo di una revisione rispettosa dello spirito della costituzione vigente, e che il coinvolgimento del parlamento nel processo di revisione e/o modifica non necessariamente ha rappresentato storicamente una garanzia in questo senso. In secondo luogo, la storia costituzionale comparata è in grado di insegnarci come sia tutt'altro che scontato che le costituzioni che tacevano sulla loro modificabilità, suggerendo così l'idea della loro immodificabilità da parte del legislativo e in particolare del parlamento (ad esempio lo Statuto albertino e le costituzioni francesi del 1814 e 1830), si siano poi effettivamente, materialmente e/o formalmente, mantenute immodificate, o anche abbiano tutte assecondato, quando si siano materialmente anche se non formalmente evolute, una linea di sviluppo univocamente antiparlamentare.

Insomma, se è vero che solo nelle moderne costituzioni ottocentesche si deve ritrovare anche l'ora zero delle moderne rappresentanze elettive, non altrettanto vero è che da quel momento in poi il rapporto tra parlamento e costituzione sia andato progressivamente rafforzandosi o che parlamento e costituzione furono sempre l'uno all'altro complementari o reciprocamente funzionali. Come ancora oggi si verifica assai spesso, non mancarono certo anche in epoca costituzionale i periodi in cui l'attività del parlamento si dispiegò nella più totale indifferenza verso il dettato della costituzione, verso i suoi enunciati più spiccatamente politico-programmatici e talvolta anche con intento esplicitamente offensivo della sua lettera oltre che del suo spirito. E purtroppo, il fatto che, nell'Europa che va progressivamente organizzandosi anche politicamente, a promuovere la redazione di una Costituzione europea sia stato ancora una volta proprio il parlamento (europeo) come nuovo potere costituente sovranazionale (dopo che il Consiglio europeo aveva promosso la redazione di una «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» poi varata nel dicembre 2000), se non necessariamente deve essere interpretato come atto fondativo e fondante di un «nuovo» modello costituzionale[22], altrettanto meno necessariamente autorizza ad 'immagi-

[22] Nella possibilità di pensare a «una 'costituzione europea' ... prescindendo dalla esistenza di un qualche 'Stato' europeo» (p. 51), dato che «non abbiamo all'orizzonte né una nazione europea ed il suo corrispondente Stato, né alcun potere costituente europeo, alcun popolo europeo capace di eprimersi in senso costituente» (p. 50), a una costituzione europea che «non appartiene alla famiglia delle costituzioni liberali e democratiche degli ultimi due secoli» e che mette in mora la tradizionale «immedesimazione storica tra Stato e costituzione» (p. 52) dando vita a un 'nuovo' modello costituzionale (p. 26),

nare' nel costruendo futuro di questo modello un rapporto di maggiore complicità tra parlamento e costituzione.

III.

Non particolarmente esaltante, né dal punto di vista dell'imporsi della soggettività autonoma del parlamento nell'esplicazione della sua funzione di controllo dell'esecutivo, né dal punto di vista della vitalità della forza politica e normativa della costituzione, appare il rapporto parlamento-costituzione sotto la vigenza dello Statuto albertino e in particolare durante la monarchia liberale in Italia. Alla «debolezza complessiva del parlamento nell'assetto dei poteri pubblici», messa in evidenza in particolare da Roberto Martucci e che certo fu il riflesso non da ultimo, come argomentato da Paolo Colombo, della determinazione della Corona a non rinunciare a mettere in campo alcune attribuzioni/prerogative che gli consentivano di «intervenire pesantemente» sul processo di confezionamento delle leggi (potere monarchico di iniziativa, sanzione e promulgazione delle leggi), si sommò infatti la «naturale debolezza dello Statuto» che, pur non avendo previsto e regolato le condizioni della sua stessa modifica/riforma (cfr. il contributo di Francesco Soddu in questo volume), fu di fatto in più punti tacitamente modificato da leggi ordinarie e vide alcune sue riserve di legge 'sciolte' attraverso lo strumento della delega legislativa, senza cioè il concorso attivo e costante del parlamento.

La incontestabile laconicità dello Statuto depone evidentemente nel senso di un carattere tutt'altro che politico-programmatico. Di attuazione delle determinazioni politico-programmatiche è così molto difficile parlare in riferimento alla vicenda della carta albertina in epoca liberale; nonostante la presenza in essa di numerosi rinvii alla legge[23], troppo poco si era concesso alla proclamazione di moderni principi organizzativi o all'enunciazione di direttive politico-programmatiche per il futuro. La carta statutaria anche troppo agevolmente può essere annoverata tra quelle costituzioni che, come ebbe a dire il giuspubblicista Friedrich Julius Stahl, rappresentavano per chi le aveva concesse il momento finale

credono M. FIORAVANTI - S. MANNONI, *Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive*, in G. BONACCHI, *Una Costituzione senza Stato*, Bologna 2001, pp. 23-70.

[23] Cfr. a questo proposito S. LABRIOLA, *Storia della costituzione italiana*, Napoli 1995, in particolare pp. 8-9, 33-35, 52-53.

di uno sviluppo e il punto massimo di compromesso politico, piuttosto che non il momento di avvio di un processo di modernizzazione[24]. Non è forse casuale se, soprattutto nei primi decenni del Regno, assai poco frequentato dai giuspubblicisti italiani fu il dibattito, molto vivace per contro in altri stati europei in quel medesimo torno di tempo, sul rapporto tra costituzione e legge da un lato, come anche tra quest'ultima e gli altri atti normativi dall'altro, in breve sul rapporto delle fonti del diritto tra di loro, nonostante il vero e proprio dilagare in epoca liberale della decretazione d'urgenza e della concessione all'esecutivo di deleghe legislative su materie di rilevanza indubitabilmente costituzionale.

Per questo suo carattere di 'registrazione di un compromesso', di sanzione giuridica di uno stato dei rapporti tra principe e popolo in linea di principio 'immodificabile', almeno nell'intenzione del sovrano che l'aveva concessa, la lettera dello Statuto può essere accostata più alla carta francese del 1814 che non a quella pure francese del 1830, con cui viene per contro solitamente messa in relazione. Quest'ultima, con tutte le sue promesse di future leggi organiche (artt. 68 e 69), può forse, invece, essere assunta, secondo Luigi Lacchè, a prototipo delle moderne costituzioni ottocentesche politico-programmatiche che, aperte verso il futuro, prendevano le mosse da una perlomeno intenzionale alta valorizzazione dell'istituto chiamato ad attuarle, a fare insomma della carta una «verità», e cioè il parlamento.

Fare della costituzione una verità, nella Francia costituzionale, non significava però solo dare ad essa attuazione legislativa, ma anche assicurarne giudiziariamente, attraverso l'azione della Cassazione e dei tribunali di istanza inferiore, il rispetto dello spirito e/o della lettera in caso di sua violazione da parte di ordinanze o decreti regi. Nel XIX secolo la stessa espressione 'garantire la costituzione' non rinviava solo, a differenza che nel XX, a una garanzia giurisdizionale della costituzione e più precisamente a un controllo giudiziario di costituzionalità delle norme, ma aveva un significato ben più ampio; nel XIX secolo, come argomenta Lacchè, sarebbe in realtà addirittura «fuorviante ricercare una *summa divisio* tra natura giurisdizionale e politica della garanzia costituzionale». E, d'altra parte, non poteva rientrare tra le preoccupazioni di un teorico della costituzione dell'epoca quale Benjamin Constant di «dare una garanzia [giudiziaria] alla garanzia stessa»; com'è noto, peraltro, egli aveva individuato nel monarca, come incarnazione del potere «neutro e moderatore», l'arbitro (politico) nel caso di conflitto tra i poteri pubblici.

[24] F.J. STAHL, *Das monarchische Prinzip*, Heidelberg 1845, p. 34.

Se parlare di garanzia giudiziaria della costituzione non rientrava proprio nell'ordine di idee della dottrina costituzionale dell'epoca della Restaurazione, ancor meno proponibile essa divenne durante la Monarchia di luglio, quando un decreto della Cassazione dell'11 maggio 1833 negò espressamente ai giudici il potere di verificare la costituzionalità delle leggi[25]. Anche durante la Terza Repubblica, al di là dell'ampiezza dei dibattiti avviati in merito dai giuspubblicisti francesi, la questione di garantire giudiziariamente la costituzione non acquistò in nessun modo maggiore attualità; le tre leggi costituzionali del 1875, che vennero a rappresentare la costituzione scritta della Francia, non solo non contenevano, a differenza di tutte le costituzioni francesi precedenti, alcuna Dichiarazione dei diritti e delle libertà del cittadino, rispetto a cui si sarebbero potute avanzare esigenze e richieste di giustiziabilità, ma non avevano nemmeno dedicato alcun articolo al potere giudiziario, né alla sua indipendenza, né alla sua organizzazione[26].

Per Odile Rudelle quella del 1875 non può nemmeno essere considerata una costituzione vera e propria («veritable») limitandosi essa, oltre che ad affermare la forma repubblicana dello Stato, a dividere il legislativo in una camera bassa e in una alta. Il parlamento non ebbe bisogno di rinviare alla costituzione nell'emanare le pure numerose e importanti leggi sui diritti di libertà del cittadino che fecero della Terza Repubblica l'«età d'oro delle libertà pubbliche», né ebbe bisogno di violare alcuna sua disposizione al momento di modificarla sostanzialmente con legge costituzionale del 14 agosto 1884, una legge che cambiò radicalmente l'aspetto del Senato disponendo che da allora in poi tutti i senatori sarebbero stati eletti, anche se indirettamente, e non più cooptati a vita come avveniva con i cosiddetti «inamovibili». Solo il basso tasso di sviluppo del sistema dei partiti fece velo all'instaurazione di un sistema politico che certo aveva il legislativo al centro della vita politica ma che però, per essere veramente parlamentare sino in fondo, una volta riformato il

[25] Cfr. in merito R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris 1922, tome deuxième, pp. 610-611.

[26] Per le due leggi costituzionali del 25 e del 24 febbraio 1875, rispettivamente intitolate «Legge relativa all'organizzazione dei poteri pubblici» e «Legge relativa all'organizzazione del Senato», cui si aggiunse il 16 luglio 1875 la «Legge costituzionale sui rapporti dei poteri pubblici», si veda A. SAITTA (ed), *La costituzione francese del 1875* (Collana di testi e documenti costituzionali promossa dal ministero per la Costituente, 9), Firenze 1946, pp. 55-59, 60-62, 63-67.

Senato e caduto in disuso il potere del presidente della Repubblica di sciogliere la Camera dei deputati, avrebbe dovuto conoscere la consuetudine di vedere il leader del partito di maggioranza incaricato di formare il governo, nonché una chiara delimitazione tra partiti/o di governo e di opposizione[27] .

Se il caso francese sembrerebbe suggerire che la cosiddetta onnipotenza del legislativo dell'epoca costituzionale matura era quasi naturalmente incompatibile con un profilo alto della costituzione scritta, sia nella vita politica concreta che nell'ordinamento giuridico, la vicenda della costituzione belga del 1831 illustrata dal costituzionalista Francis Delpérée, ci proietta invece immediatamente in una dimensione storico-politico-costituzionale che può validamente essere presa ad esempio di come la corrispondenza sopra accennata (parlamento forte - costituzione debole) non sia stata assolutamente la regola in epoca costituzionale.

In Belgio, alto statuto giuridico della costituzione (la costituzione è norma suprema) e centralità politica del legislativo si coniugarono in una dinamica assolutamente originale: la stessa revisione della costituzione, effettuata da un potere costituente distinto dai poteri costituiti, non ne scalfì minimamente l'autorità nella quotidiana vita politico-costituzionale. L'invito del costituzionalista belga alla dottrina giuridica classica è a non irretirsi nell'assunto astorico che solo un controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi potesse, anche nell'Ottocento, rappresentare l'unica arma efficace di protezione della costituzione dagli abusi del potere politico, e a non sottovalutare per contro le potenzialità contenute nelle misure prese dalla costituzione del 1831 per evitare che trovassero applicazione *règlements* non rispettosi della legge e quindi della costituzione che essi, al pari della legge, erano tenuti a rispettare. Il controllo di costituzionalità delle leggi, dice Delpérée, poteva risultare non indispensabile e addirittura superfluo qualora una costituzione, come fece quella belga per volere dei suoi padri che non nascondevano di diffidare dell'esecutivo, prendesse le mosse dall'assunto che dovesse essere lo stesso legislativo a farsi carico, con il controllo dell'esecutivo, della difesa della costituzione. Con la sua sola presenza la costituzione aveva portato al configurarsi di una gerarchia delle fonti del diritto, si era collocata essa stessa al suo vertice, e aveva obbligato tutti i poteri costituiti, compreso il legislativo, a rispettarla.

[27] Cfr. a questo proposito R. VON ALBERTINI, *Regierung und Parlament in der Dritten Republik*, in «Historische Zeitschrift», 188, 1959, pp. 17-48, in particolare pp. 28-29, 33, 37, ma *passim*.

A una messa a fuoco del ruolo del parlamento come motore trainante di una legislazione emanata ora in attuazione e sviluppo (*Ausbau*) dello Stato costituzionale di diritto disegnato nella costituzione, ora nel malcelato intento di mettere a tacere o modificare regressivamente i suoi enunciati più carichi di tensione riformatrice e modernizzatrice, si sono accinti, compiendo un lavoro per molti versi pionieristico, Ewald Grothe e Frank Theisen. Dalle loro indagini sul ruolo svolto dalle Camere nel portare avanti come fattori della legislazione, spesso in costante concorrenza con il potere d'ordinanza monarchico, il processo di costituzionalizzazione iniziato con l'entrata in vigore delle costituzioni dell'Assia Elettorale e della Sassonia, entrambe del 1831 ed entrambe relativamente liberali, è emersa prepotentemente la difficoltà oggettiva di tenere distinti il piano di analisi sull'attuazione della costituzione da quello sulla revisione e custodia della stessa.

Particolarmente nel momento di vagliare la coerenza con il dettato e lo spirito costituzionale della legislazione emanata in attuazione della sua lettera in un periodo in cui l'istituzione parlamentare era tenuta in pugno da forze politiche più o meno dichiaratamente anticostituzionali (un periodo del genere fu ad esempio in Germania il decennio postrivoluzionario), ci si trova infatti spesso davanti a un parlamento legislatore che, anziché intendersi al servizio della costituzione, si svincola da essa, appellandosi proprio all'assolutezza della sua autonomia decisionale che peraltro trova la sua base solo nella costituzione medesima. In costellazioni e dinamiche politico-costituzionali di questo tipo, quando alla tanto declamata 'onnipotenza' della legge positiva non corrisponde certo l'indipendenza politica e la potenza dell'organo da cui essa promana, costellazioni e dinamiche che, a ben vedere, se non furono la norma non rappresentarono però nemmeno l'eccezione in epoca costituzionale, è assai frequente incontrare un parlamento legislatore che, pur nel dichiarato intento di voler dare attuazione a questo o a quell'articolo della costituzione, persegue per contro, nel concreto confezionamento della legge, principi in totale contraddizione con il suo spirito se non addirittura con la sua lettera, innescando di fatto un meccanismo di aggiramento e/o di svuotamento dall'interno della costituzione in vigore che nei suoi effetti ultimi può rivelarsi addirittura più insidioso di una esplicita abolizione o sospensione della costituzione. Più insidioso soprattutto perchè il subentrare e il perdurare di una profonda contraddizione tra la lettera originaria della costituzione e la legge che formalmente le ha dato attuazione, se non è di per sé sufficiente a 'giustificare' o a conferire legittimità alla 'costituzione materiale' che dall'instaurarsi di quella contraddizione ha

tratto origine, è però determinante al fine di sottrarre forza normativa alla costituzione nel suo complesso[28] e tanto più alle sue determinazioni specificamente volte alla difesa, protezione e garanzia del testo costituzionale. In un tale generale contesto di bassa effettività normativa della costituzione non fa meraviglia che istituti giuridico-costituzionali come la messa in stato d'accusa dei ministri (*Ministeranklage*) per violazione della costituzione, prevista dalla costituzione dell'Assia, o l'istituzione di un Tribunale di stato come unica istanza autorizzata a interpretare la costituzione, prevista invece dalla costituzione sassone, non trovarono mai modo di dispiegare i loro effetti.

A ben vedere, i rapporti tra parlamento e costituzione nella Germania di epoca costituzionale, rapporti che Grothe con riferimento alla vicenda politico-costituzionale dell'Assia elettorale sino al 1866 definisce «precari e conflittuali», ben lungi dal poter essere descritti come rispondenti alla dinamica di una consapevole e proficua interazione osmotica, sembrano piuttosto sottrarsi non solo a qualsiasi univoca definizione in termini positivi (in questo caso il parlamento avrebbe lavorato per la coerente attuazione, la revisione formalmente ineccepibile, nonché la difesa e la garanzia della costituzione in vigore), ma addirittura a qualsiasi tentativo di ordinata sistematizzazione. La storia di quei rapporti, alquanto altalenanti, pare infatti non solo partecipare della irrefrenabile dinamicità, ora modernizzante ora regressiva, delle differenti configurazioni assunte dal sistema monarchico-costituzionale di cui parla Rainer Wahl[29], ma pare anche immancabilmente risentire dell'aspetto estremamente cangiante assunto dall'istituzione parlamentare all'interno dell'ineliminabile dualismo tra parlamento e governo monarchico. Troppo spesso infatti il parlamento non riuscì a difendersi dalle ingerenze monarchico-governative miranti a influenzarne la composizione interna e quindi a pregiudicarne l'autonomia decisionale, e ciò contribuì spesso a problematicizzare e complicare in

[28] Contro la tradizionale interpretazione giustificazionista della teoria mortatiana della costituzione in senso materiale cfr. ora però la *Premessa* di G. ZAGREBELSKY alla ristampa inalterata di C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1998, pp. VII-XXXVIII.

[29] Proprio a partire da queste considerazioni Wahl non manca peraltro di sottolineare come la marcia del sistema (monarchico-)costituzionale di governo verso il parlamentarismo fosse tutt'altro che inarrestabile e inevitabile, posto che al tempo anche la più stretta collaborazione politica tra i due poli del dualismo non necessariamente era intesa come la premessa a un sistema parlamentare di governo. Inarrestabile fu per contro, secondo Wahl, la spinta verso la democratizzazione che però, invece di agevolare l'affermarsi del sistema parlamentare di governo, agì spontaneamente contro di esso.

modo esponenziale la configurazione storico-concreta del rapporto parlamento-costituzione particolarmente rispetto alla sistemazione dottrinaria datane dai padri del diritto pubblico *konstitutionell.*

Qual era nel determinato momento storico preso in considerazione l'identità storico-politica concreta dell'istituzione parlamentare, quale gruppo o coalizione parlamentare si muoveva concretamente e più o meno direttamente per o contro la costituzione, sono queste le domande che devono costantemente orientare la ricerca se si vuole sfuggire al rischio di definire solo impressionisticamente il rapporto parlamento-costituzione, andando a interrogare solo o prevalentemente il suo secondo elemento; in questo modo si è spesso finito, infatti, con l'assumere meccanicamente che il basso profilo politico e la cosiddetta debole forza normativa delle costituzioni ottocentesche avessero la loro ragione, e quindi anche la loro giustificazione storica, nello stesso testo delle costituzioni, nelle malferme impalcature della loro architettura o addirittura nella primitività della tecnica costruttiva usata dai costituenti[30]. Particolarmente l'indagine sul caso prussiano (si veda, nel presente volume, il saggio di chi scrive) pone piuttosto sul tappeto la questione se effettivamente i poteri assegnati ai parlamenti tedeschi di epoca costituzionale per difendere e attuare la costituzione fossero così limitati come generalmente si ritiene o se invece più spesso non siano state costellazioni politiche di vario genere a indurre le rappresentanze popolari tedesche a rinunciare consapevolmente a sfruttare appieno gli strumenti e i poteri messi loro a disposizione dalle carte.

Nel preparare un terreno fertile a una cultura politica dell'opinione pubblica e del parlamento poggiante sulla indifferenza alla costituzione come fonte superiore del diritto, e non solo quindi nel sostenere attivamente all'occasione la politica anticostituzionale dell'esecutivo, un grosso ruolo svolse, non bisogna dimenticarlo, la dottrina giuspubblicistica di stampo positivistico allora dominante. Questa, giocando peraltro astutamente d'anticipo nel mettere in guardia da un'onnipotenza del legislativo che in realtà era ben lungi dall'essere tale, nello stesso momento in cui stigmatizzava la pretesa della legge di regolare 'tutto', non faceva altro che

[30] A questo proposito ha opportunamente avvertito H. SIMON, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in E. BENDA - W. MAIHOFER - H.-J. VOGEL (edd), *Handbuch des Verfassungsrechts (2)*, con la collaborazione di K. HESSE - W. HEYDE, Berlin - New York 1995², pp. 1637-1677, qui p. 1639, che «bisogna desistere dalla presunzione di liquidare le precedenti epoche costituzionali, in cui il rapporto conflittuale tra diritto e politica ... fu risolto diversamente, semplicemente come deficitarie in confronto al presente».

recuperare spazio vitale d'azione al soggetto istituzionale del potere di ordinanza e/o della delega legislativa[31], il monarca e/o il suo governo, rafforzandone così la legittimità alla produzione di norme a spese dell'ambito di competenza legislativa del parlamento e agendo per ciò stesso in funzione non solo antiparlamentare ma immediatamente anche anticostituzionale. Contestualmente la stessa dottrina non esitò nemmeno a entrare in polemica con coloro che volevano la produzione legislativa del parlamento come obbligata alla coerenza ed al rispetto verso la superiore norma costituzionale, da essa spesso tacciata di essere generica, astratta, superata dalle cose, ed in quanto tale non vincolante.

Spia significativa di questo ruolo 'costituzionale' svolto dalla scienza giuspubblicistica positivistica a partire dalla seconda metà dell'Ottocento è senz'altro l'estremo ritardo con cui nella vecchia Austria si tematizzò nel secondo decennio del secolo scorso il differente status delle leggi di rango costituzionale rispetto a quelle ordinarie. Detto ritardo non è certo da ritenersi meno grave per il fatto che, in mancanza di un pronunciamento definitivo della dottrina sulla questione, era lasciato all'arbitrio del presidente dell'assemblea parlamentare di decidere se la revisione di una legge cosiddetta costituzionale o fondamentale dovesse essere soggetta o meno alla maggioranza qualificata dei due terzi (cfr. il saggio di Gerald Stourzh nel presente volume). Ancora una volta si deve constatare come gli interessi della costituzione e il principio della certezza del diritto che essa in linea di principio voleva portare ad affermazione con la sua sola presenza, storicamente non sempre siano coincisi con l'interesse dell'istituzione parlamentare a estendere il suo potere o a consolidare il suo ambito di competenza, lasciando così affiorare un corto circuito che accenna a dissolversi solo quando ci si pone la domanda su chi potesse giovarsi o avere interesse a mantenere la confusione esistente sulla gerarchia delle norme e l'estrema dispersione (*Zersplitterung*) e indominabilità (*Unübersichtlichkeit*) del diritto costituzionale austriaco di epoca costituzionale.

Anche quanto emerge dalle riflessioni, assolutamente pionieristiche, di Peter Urbanitsch sulla relazione tra parlamento e costituzione, conferma

[31] Per una tarda ricostruzione dottrinaria della relazione esistente tra l'affermazione del principio dell'onnipotenza del legislatore da un lato e la difesa degli strumenti di produzione normativa tipici dell'esecutivo, decreti o deleghe legislative, dall'altro, cfr. il penetrante saggio di C. SCHMITT, *Une etude de droit constitutionnel comparé. L'évolution récente du problème des délegations législatives*, in *Introduction a l'étude du droit comparé. Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, Troisième et Quatrième Partie, Paris 1938, pp. 200-210.

che tale relazione, lungi dal poter essere portata ad esempio di una complicità dipanantesi in una prospettiva di vicendevole rafforzamento, va letta ogni volta con estrema attenzione alla specificità storica dell'identità dei due elementi da cui è individuata e dal ruolo che essi storicamente hanno assolto all'interno di un sistema monarchico-costituzionale la cui dinamica si conferma ancora una volta tutt'altro che riducibile a una formula o a un modello. Infatti, se solo con molte limitazioni si può parlare delle leggi fondamentali austriache del 1867 come di un corpo coerente e in sé conchiuso di norme di superiore forza normativa, un discorso a parte va fatto però anche per il ruolo che il *Reichstag*, al di là della regolazione formale incontrata nella 'costituzione', concretamente giocò all'interno della costituzione materiale dell'Austria di epoca costituzionale ma soprattutto della struttura federale e multietnica della monarchia. Pur mantenendo fermo il *topos* della debolezza del *Reichstag* come potere costituzionale centrale[32], non si deve tuttavia trascurare il fatto che esso fu però sempre in grado di attivarsi con successo in difesa dei tedeschi che, maggioranza nel *Reichstag*, erano però minoritari nei singoli *Länder* della monarchia austriaca.

Di primato della costituzione che orienta e limita l'attività dell'istituzione parlamentare non si può ovviamente parlare non solo dove si è insinuata prepotentemente la confusione tra le fonti del diritto come nell'Austria-Cisleitania, ma anche laddove, come in Gran Bretagna, non è mai stata sancita una sovraordinazione della costituzione scritta alla legge. Facendo propria la tesi di Raoul van Caenegem per cui «la modernizzazione del parlamento fu senza dubbio il principale cambiamento nella costituzione britannica», Alessandro Torre individua nell'emanazione del *Great Reform Act* del 1832 e delle altre importanti leggi di riforma del suffragio che ad esso seguirono (1867, 1884, 1918), come pure nell'emanazione degli atti con cui furono modificati i collegi elettorali o stabilita la segretezza del voto, momenti di fondamentale importanza lungo la via di una graduale, ma non per questo meno coerente e radicale modernizzazione parlamentare, che culminerà nell'affermarsi di una costituzione britannica del tutto nuova.

Rispetto al primato del legislativo che caratterizza la costituzione materiale dell'Inghilterra, ancor più stridente è destinato ad essere l'impatto con il caso spagnolo, dove il parlamento, come risulta dal contributo

[32] Cfr. H. RUMPLER, *Einleitung. Grenzen der Demokratie im Vielvölkerstaat*, in *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, VII: *Verfassung und Parlamentarismus*, 1: *Verfassungsrecht, Verfassungswirklichkeit, Zentrale Repräsentativkörperschaften*, Wien 2000, pp. 1-10.

di Marta Lorente Sariñena, «non giunse mai ad assumere la creazione normativa come la più importante delle sue funzioni» e che «più che a creare norme intervenne a controllarle». A regnare sovrana, dagli inizi dell'epoca costituzionale (1812) sino almeno al 1931, fu qui un'incertezza del diritto tanto diffusa e corruttrice da far addirittura desistere la dottrina di diritto pubblico dal ricercare il fondamento di quella distinzione formale tra costituzione e legge da un lato, tra legge e decreto regio dall'altro, da cui perlomeno in via teorica non si prescindeva nella maggior parte degli altri paesi europei. Nella vicenda spagnola, debole forza normativa della costituzione e basso tasso di funzionalità e di soggettività politica dell'istituzione parlamentare si intrecciarono al punto da far dubitare di trovarsi in presenza di uno stato costituzionale di diritto anche solo formale.

La confusione generalizzata registrabile tra le varie fonti del diritto ha suggerito alla studiosa spagnola addirittura l'opportunità di utilizzare, per descrivere la condizione della costituzione materiale della Spagna di epoca costituzionale, la griglia interpretativa offerta dal concetto di «ordine giuridico del XIX secolo» anziché la proposta articolazione del rapporto parlamento-costituzione. La ricerca della studiosa spagnola prende così avvio dal medesimo punto in cui di solito la storia giuridico-costituzionale tradizionale si arresta (o meglio si arrende), ponendosi finalmente sin dall'inizio il problema del ruolo attivo giocato, nella confusione e incertezza del diritto caratteristiche dell'epoca costituzionale, sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina di diritto pubblico. Anche se, oscurando il ruolo svolto dal soggetto politico, sociale e istituzionale, sia individuale che collettivo, che di volta in volta agisce nel parlamento o dietro la sua scena, un soggetto più o meno strutturato in partiti, si corre seriamente il rischio di espungere dalla considerazione storica la realtà che è poi diventata protagonista della costituzione materiale del XX secolo.

Qualifizierte Mehrheitsentscheidungen in der Entwicklung des österreichischen Verfassungsstaats 1848-1918

von *Gerald Stourzh*

Akte der Gesetzgebung finden – theoretisch gesehen – in einem von zwei Polen begrenzten Bereich statt. Der eine Pol ist der absolute Wille eines Herrschers «legibus solutus», dessen Wille allerdings «legis vigorem habet». Wo das Christentum hinzutritt, gibt es die Vorstellung des «Gottesgnadentums», das eine Bindung an den Willen Gottes, aber nicht an jenen der Gewaltunterworfenen impliziert. Der andere Pol ist der gemeinsame und auf das allgemeine Interesse gerichtete Wille der ganzen Nation, wie er – *idealiter* – in Rousseau's Begriff der «volonté générale» dargestellt wird.

Der empirisch vorgehende Historiker findet in der Geschichte des 19. Jahrhunderts Markierungen und Positionen, die von den eben genannten Polen einigermaßen abweichen. Das Gottesgnadentum ist zum «monarchischen Prinzip» reduziert – ich erinnere an Otto Brunners berühmte Abhandlung «Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip». Auf der anderen Seite wird die *volonté générale* der gesamten Nation bloß in mehrfachen Brechungen und Schwächungen realisiert: Rousseau dividiert durch Sieyes, könnte man sagen: Das Prinzip der Repräsentation ist eine solche Brechung, die Teilung in «Aktivbürger und Passivbürger» (die letztere lange Zeit alle Bürgerinnen einschließend) ist eine andere.

Der Typ der konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts stellt den Versuch dar, das monarchische Prinzip mit den Willenskundgebungen der Nation zu verknüpfen. Das Wesen des Kompromisses bestand (überwiegend) in der Selbstbindung des Monarchen an die von ihm «gewährte» – fallweise auch die von ihm «akzeptierte» – Verfassung einerseits, in der Selbstbeschränkung der *volonté générale* auf Mitwirkung an der Gesetzgebung andererseits. Das Gesetz wurde Gesetz – im alten Österreich etwa – erst mit der kaiserlichen «Sanktion», d.h. mit der kaiserlichen Beurkundung der Zustimmung zu den Gesetzesbeschlüssen des Parlaments. Über die Natur dieses Kompromisses und damit über die

Natur der konstitutionellen Monarchie (und vor allem ihres «deutschen» Typs) hat es schon vor Jahrzehnten bemerkenswerte Auseinandersetzungen gegeben – zwischen Ernst-Wolfgang Böckenförde einerseits, der von der Brüchigkeit dieses Kompromisses überzeugt war, der im Krisenfalle entweder zugunsten des sich durchsetzenden Herrscherwillens oder des sich durchsetzenden Willens der im Parlament repräsentierten (politischen) Nation zerbrechen würde, und Ernst Rudolf Huber andererseits, der in der konstitutionellen Monarchie einen eigenständigen Typ zu sehen glaubte. Ich bemerke bloß, daß ich seit je den Anschauungen Böckenfördes beipflichte[1].

Akte der Gesetzgebung im Zusammenwirken von «Souverän» im alten Sinne (dem Monarchen) und «Souverän» im neuen Sinne (der Nation beziehungsweise ihrer Vertretung) wurden weiter kompliziert durch die Unterscheidung zwischen Gesetzen und Grundgesetzen – außer in England und in Ungarn, wo es diese Unterscheidung zumindest im formellen Sinne nicht gab und in England auch heute nicht gibt.

Ich zeichne hier die Entwicklung der modernen Vorstellung von «Verfassung» nicht nach; ich habe dies an anderem Ort getan[2]. Das Streben nach Verfassungen, wie sie sich im späten 18. Jahrhundert und im Lauf des 19. Jahrhunderts entwickelten[3], hatte stets zwei Ziele im Visier: einer-

[1] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in E.-W. BÖCKENFÖRDE (ed), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, Köln 1972, S. 146-170.

[2] G. STOURZH, *Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff*, in G. STOURZH, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, Wien - Köln 1989, S. 1-35.

[3] Für sehr wichtig halte ich es, bei der Entwicklung moderner, sogenannter «geschriebener Verfassungen» (*written constitutions*) zwei voneinander zu scheidende Begriffe nicht zu vermengen, wie dies allerdings häufig geschieht, nämlich a) Verfassung im formellen Sinne, als Inbegriff vorrangiger und gegenüber «gewöhnlichen» Gesetzen höherrangiger Normen, deren Abänderung nur in erschwerten Verfahren, manchmal sogar überhaupt nicht möglich ist, und b) Verfassung im urkundlichen Sinne, als Dokument, das all jene oder zumindest die wichtigsten jener Regelungen enthält, die herkömmlicherweise als Verfassung im materiellen Sinne angesehen werden, also zentrale Organisationsregelungen einerseits, Grundrechtsnormierungen andererseits. Das albertinische «statuto» etwa war eine Verfassung im urkundlichen, nicht jedoch im formellen Sinne. In der Republik Österreich etwa geht die Verfassung im formellen Sinne (erschwerte Abänderbarkeit) weit über die Verfassung im urkundlichen Sinne («Bundes-Verfassungsgesetz» von 1920 mit diversen Novellierungen) hinaus und umfaßt auch «Bundesverfassungsgesetze» und «Verfassungsbestimmungen» in gewöhnlichen Gesetzen. Zur Unterscheidung zwischen Verfassungen im formellen und urkundlichen Sinne vorzüglich P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Les constitutions européennes. Notions introductives*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA - S. ROZMARYN

seits die Einschränkung willkürlicher Machtausübung; andererseits den jeweils größtmöglichen Konsens aller politisch Berechtigten über die wichtigsten Regeln eines geordneten und friedlichen Zusammenlebens und eines geordneten und friedlichen Machttransfers. Der *pouvoir constituant*, die verfassungsgebende Gewalt, und die dieser eng anverwandte verfassungsändernde Gewalt – *pouvoir de révision* – sollten wo immer möglich ein höheres Maß an Konsens erreichen als die «normale» oder «laufende» Gesetzgebung. Methoden zur Erreichung eines solchen Konsenses haben in der Verfassungsgeschichte der neueren Zeit bekanntlich stark variiert, von eigenen verfassungsgebenden Versammlungen über eigene Ratifizierungskonvente oder Revisionsversammlungen oder auch Referenden bis zu dem relativ leichter zu handhabenden Verfahren der qualifizierten Mehrheit – häufig auch mit höheren Anwesenheitsanforderungen verbunden – in «normalen» Parlamenten[4].

Worin liegt der Zweck einer qualifizierten Mehrheit? Es handelt sich um den Versuch, das einfachste Kriterium der Entscheidungsfindung, nämlich die einfache Mehrheit, zu überwinden. Es handelt sich darum, *in fundamentalibus* einen über die klassischen «51%» der einfachen Mehrheitsentscheidung weiter hinausreichenden Konsens zu finden. Das Streben nach diesem weiterreichenden Konsens wird von zwei unterschiedlichen Motiven getragen: Einerseits ist es die größere Annäherung an die (fiktive) Einheit der *volonté générale* (wo immer die Tradition Rousseau-Sieyes eine Rolle spielt), andererseits – empirischer und nüchterner gesehen – der Versuch, Minderheiten, vor allem größere Minderheiten, in den Prozess der Konsensfindung einzubinden, um eine größere Stabilität des politischen Systems zu gewährleisten. Mit Hilfe qualifizierter Mehrheitsentscheidungen werden (größeren) Minderheiten *de facto* Möglichkeiten des Vetos, des Einspruchs, eingeräumt. Hierzu hat vor mehr als einem Jahrhundert Georg Jellinek in seiner kleinen Schrift *Das Recht der Minoritäten* Grundlegendes geschrieben[5]. Jellinek ging davon aus, daß es zwei grundsätzlich voneinander verschiedene Typen von Minderheiten gebe: einerseits die Minderheit in einem homogenen

(edd), *La constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe occidentale et dans les états socialistes*, Paris 1966, S. 5 f.

4 Diesbezüglich wegweisend waren die 1884 gehaltenen Oxforder Vorlesungen von J. BRYCE, veröffentlicht in DERS., *Studies in History and Jurisprudence*, Bd. 1, Oxford 1901. Sehr instruktiv und anregend L. WOLF-PHILLIPS, *Comparative Constitutions*, London 1972.

5 G. JELLINEK, *Das Recht der Minoritäten*, Wien 1898.

Staat, die damit rechnen kann, selbst zu Mehrheit zu werden, andererseits religiöse oder nationale Minderheiten – heute würden wir zu letzteren sagen: ethnische Minderheiten –, die nie damit rechnen können, selbst zur Mehrheit zu werden. Für solche Minderheiten müßten Methoden des Vetorechts gefunden werden. Jellinek verwies auf die nach 1648 im Reichstag des Heiligen Römischen Reiches eingeführte *itio in partes* des *corpus catholicorum* und des *corpus evangelicorum* und der Notwendigkeit einer *amicabilis compositio.*

In Österreich setzt die moderne Verfassungsentwicklung bekanntlich im Revolutionsjahr 1848 mit der oktroyierten Verfassung vom April 1848 ein, der sogenannten «Pillersdorfschen» Verfassung. «Gesetzesvorschläge, durch welche die Bestimmungen der Verfassungsurkunde ergänzt, erläutert oder abgeändert werden sollen, bedürfen in jeder der beiden Kammern der Zustimmung von zwei Dritteilen der anwesenden Mitglieder», heißt es in § 50 dieser Papier gebliebenen Verfassungsurkunde[6].

Ausführlicher befaßte sich der konstituierende österreichische Reichstag von 1848/49, nach seinem zweiten Tagungsort in Kremsier/Kroměříž in Mähren «Kremsierer Reichstag» genannt, mit der «Revision der Konstitution». Die Anlehnung an das Revisionsverfahren der belgischen Verfassung von 1831 ist deutlich. Sollte die gesetzgebende Gewalt den Wunsch nach Revision einer Verfassungsbestimmung haben, so müsse der Reichstag (das Parlament) aufgelöst werden und unverzüglich ein neuer Reichstag einberufen werden. Zur Gültigkeit der Verfassungsrevisionsbeschlüsse des neuen Reichstags war die Mindestanwesenheit von drei Vierteln der Abgeordneten – strikter als in Belgien – in jeder der beiden Kammern (Volks- und Länderkammer) sowie die Zustimmung von zwei Dritteln der Anwesenden erforderlich. Bemerkenswert für die Loyalität gegenüber der Dynastie war die Bestimmung, daß bei Änderungen in der Konstitution, durch welche die verfassungsmäßigen Rechte der Krone geschmälert würden, dem Kaiser «das absolute Veto» zustehe[7].

Bekanntlich blieb auch der Kremsierer Entwurf totes Papier. Doch keine der späteren Verfassungsurkunden bzw. Grundgesetze enthielt ein so komplexes Verfahren zur Verfassungsrevision (Auflösung, Neueinberufung des Parlaments) wie dieser Entwurf. Die im März 1849 vom jungen Kaiser Franz Joseph oktroyierte sogenannte Märzverfassung übernahm

[6] E. BERNATZIK (ed), *Die österreichischen Verfassungsgesetze* (künftig BERNATZIK), 1911[2], S. 108.

[7] Art. 158-160; BERNATZIK, S. 131 f.

vom Kremsierer Entwurf das Anwesenheitserfordernis von drei Vierteln der Mitglieder beider Häuser ebenso wie die qualifizierte Zweidrittel-Majorität[8]. Auch dieses Dokument blieb totes Papier. Es folgte ab 1851/52 das System des Neoabsolutismus, das auf den Schlachtfeldern von Magenta und Solferino den Todesstoß erhielt.

Die Neubelebung der konstitutionellen Monarchie erfolgte nach einem kurzen föderalistisch-neuständischen Zwischenspiel, dem Oktober-Diplom 1860, bekanntlich im Winter 1860/61 mit dem sogenannten «Februar-Patent» von 1861. Zwei Dokumente dieser ebenfalls oktroyierten Verfassung sind für mein Thema von Belang. Im *Grundgesetz über die Reichsvertretung* wurde festgelegt (§ 14), daß «Anträge auf Änderungen in diesem Grundgesetz» in beiden Häusern des Parlaments (Reichsrat aus Abgeordnetenhaus und Herrenhaus bestehend) eine Mehrheit von wenigstens zwei Dritteln der (anwesenden) Stimmen erfordern[9]. Genauere Bestimmungen gab es für die Landesordnungen (Landesverfassungen) der einzelnen Kronländer, ebenfalls oktroyiert, die dem Grundgesetz über die Reichsvertretung gleichgeordnet waren (es gab im alten Österreich den Grundsatz «Reichsrecht bricht Landesrecht» nicht!). Hier wurde (übrigens analog dem Kremsierer Verfassungsentwurf von 1848/49) normiert, daß zu einem Beschlusse über beantragte Änderungen der Landesordnung die Gegenwart von mindestens drei Vierteln aller Mitglieder und die Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der Anwesenden erforderlich sei[10]. Auch die Änderung der Landtagswahlordnungen war an die gleichen Bedingungen geknüpft (mit Ausnahme der ersten sechsjährigen Landtagsperiode, für die die absolute Stimmenmehrheit galt)[11].

Der Konstitutionalismus geriet bekanntlich sehr rasch im Zuge des Konflikts mit Ungarns ins Stocken, 1865 wurde das Grundgesetz über die Reichsvertretung sistiert, die Landesordnungen blieben allerdings aufrecht. Die Schaffung des österreichisch-ungarischen Dualismus 1867 brachte eine – recht umfangreiche und bemerkenswerte – Neubelebung des österreichischen Verfassungslebens mit sich; die Überlieferungen von 1848, noch nicht so lange zurückliegend, erwiesen sich als wirkungsmächtig. Die ungarische Führungselite machte die Wiederherstellung konstitutioneller Zustände im nichtungarischen Teil der Monarchie zur Bedingung

8 § 123; Bernatzik, S. 166.

9 Bernatzik, S. 263.

10 Vgl. z. B. § 38 der Landesordnung für Niederösterreich, Bernatzik, S. 280.

11 § 53; Bernatzik, S. 294.

des Ausgleichs mit der Krone; und die kaiserliche Regierung benötigte wiederum die Zustimmung der deutschen Liberalen zum Ausgleich mit Ungarn und war bereit, diese Zustimmung mit einem beträchtlichen Entgegenkommen in Verfassungsfragen zu erkaufen.

Eines der ersten Zugeständnisse der Regierung an das Parlament in Wien war eine Neuregelung des sogenannten «Notverordnungsparagraphen» des Grundgesetzes von 1861. Das diesbezügliche – verfassungsändernde, d.h. eine Bestimmung des Grundgesetzes von 1861 ändernde – Gesetz wurde mit der hiefür erforderlichen Zweidrittelmehrheit beschlossen[12]. Anläßlich der Debatten über dieses Gesetz im Juni 1867 entspann sich eine ausführliche Diskussion über die Frage, wann im Laufe der parlamentarischen Beratungen die qualifizierte Mehrheit (Zweidrittel-Mehrheit) anzuwenden sei – ob lediglich bei der endgültigen Beschlußfassung (dritte Lesung), oder bereits bei der Abstimmung über einzelne Artikel im Rahmen der sogenannten «zweiten Lesung». Der Präsident des Abgeordnetenhauses Dr. Giskra vertrat die Ansicht, es genüge die Konstatierung der Zweidrittelmehrheit anläßlich der endgültigen Beschlußfassung (dritte Lesung). Dagegen erhoben sich zahlreiche Stimmen, die dahingehend argumentierten, es müsse die Zweidrittelmehrheit auch bei der Abstimmung über die einzelnen (verfassungsändernden) Paragraphen beachtet werden. Der Präsident ließ schließlich abstimmen. Eine Mehrheit des Abgeordnetenhauses entschied sich entgegen der Rechtsansicht des Präsidenten dafür, auch bei den Einzelabstimmungen im Rahmen der zweiten Lesung die verfassungsändernde Zweidrittelmehrheit anzuwenden. Diese Praxis wurde in den folgenden Jahrzehnten beibehalten[13].

Die sogenannte «Dezemberverfassung» des Jahres 1867 in Österreich-Cisleithanien, bis 1918 geltend, bestand aus mehreren Gesetzen, die unterschiedliche Titel tragen und auch in formeller Hinsicht bestimmte Unterschiede aufweisen. Im engeren Sinne gehörten die folgenden fünf Gesetze zur Dezemberverfassung:

1. Das «Gesetz, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird». Im Titel lediglich als «Gesetz» bezeichnet, bezeichnet es sich jedoch selbst gerade in jenem Paragraphen, in dem das Verfahren zur Änderung normiert wird, als «Grund-

[12] G.D. Hasiba, *Das Notverordnungsrecht in Österreich (1848-1917)*, Wien 1985, S. 44.

[13] Debatte am 27. Juni 1867. Hierzu K. Neisser - O. Neisser, *Die Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses des Reichsrates*, Bd. 2: *Praktische Handhabung* (künftig Neisser, Bd. 2), Wien - Leipzig 1909, S. 299-306.

gesetz», und in einem weiteren Paragraphen, dem berühmten § 14 über das Notverordnungsrecht, als «Staatsgrundgesetz»[14]. Außerdem wird es in einem gleichzeitig erlassenen Gesetz – jenem «betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten» ebenfalls ausdrücklich als «Staatsgrundgesetz» bezeichnet.

2. Das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger.
3. Das Staatsgrundgesetz über das Reichsgericht.
4. Das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt.
5. Das Staatsgrundgesetz über die Regierungs- und Vollzugsgewalt.

Zwei kurze Kommentare sind erforderlich.

Erstens: Nur das erste dieser Staatsgrundgesetze entstammte einer Regierungsvorlage. Die anderen vier entsprangen der Initiative des Parlaments, das damit *de facto* zu einem Träger des *pouvoir constituant* wurde.

Zweitens: Die Grundrechte des österreichischen Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger waren (mit einer Ausnahme, dem nicht als «politischem Recht» angesehenen Eigentumsrecht) einklagbar, und zwar beim Reichsgericht, das ein Vorläufer des nach dem Ersten Weltkrieg geschaffenen Verfassungsgerichtshofs war. Noch gab es bestimmte Schwächen: die Urteile des Reichsgerichts über Beschwerden (Klagen) wegen Verletzung der verfassungsmäßig gewährleisteten politischen Rechte hatten keine kassatorische Wirkung, sie bedeuteten lediglich eine Feststellung der Verfassungsverletzung, doch hielten sich die Verwaltungsbehörden in der Mehrzahl der Fälle an die Entscheidungen des Reichsgerichts[15]. Georg Jellinek schrieb 1885, das Reichsgericht sei eine Instanz, mit welcher Österreich «einzig unter allen monarchischen Staaten dasteht». Mit seinem Reichsgericht sei Österreich «den übrigen monarchischen Verfassungsstaaten vorangeschritten»[16].

14 Dies übersieht Bernatziks Kommentar in BERNATZIK, S. 390.

15 Vgl. hierzu G. STOURZH, *Die Gleichberechtigung der Nationalitäten in der Verfassung und Verwaltung Österreichs 1848-1918*, Wien 1985, S. 63 f.

16 G. Jellineks Schrift «Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich» (Wien 1885) S. 65-66, zit. bei G. STOURZH, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit Altösterreichs in den Schriften Georg Jellineks*, in S.L. PAULSON - M. SCHULTE (edd), *Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen 2000, S. 256.

Bezüglich der fünf genannten Grund- oder Staatsgrundgesetze heißt es in § 15 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung:

«Änderungen in diesem Grundgesetze, sowie in den Staatsgrundgesetzen über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder [das sind die nicht-ungarischen Länder der Monarchie, G. St.], über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, über die richterliche, sowie über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt können nur mit einer Mehrheit von wenigstens zwei Dritteln der Stimmen gültig beschlossen werden».

Diese Bestimmung wurde sechs Jahre später neuerlich bekräftigt, und zwar im (Grund-)Gesetz vom 2. April 1873, das die Einführung direkter Wahlen in den Reichsrat (unter Ausschaltung der bisher für die Wahl der Reichsratsabgeordneten zuständigen Landtage) zum Gesetz erhob. Gleichzeitig wurde diese Zwei-Drittel-Regelung dahingehend präzisiert, daß es sich um zwei Drittel der Anwesenden (im Abgeordneten- und im Herrenhaus) handelte, und daß Änderungen der Staatsgrundgesetze im Abgeordnetenhaus nur bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder gültig beschlossen werden konnten[17].

Ein Abgeordneter stellte 1868 im Verfassungsausschuß des Abgeordnetenhauses des Reichsrats den Antrag, noch einige weitere Gesetze mit der Zweidrittelmehrheit auszustatten, fand aber dort keine Mehrheit[18].

Neben diesem Kernbestand der Dezemberverfassung von fünf Grund- bzw. Staatsgrundgesetzen gab es eine Reihe weiterer Gesetze vom gleichen Jahre, die in einem etwas lockereren, aber materiell durchaus relevanten Zusammenhang ebenfalls zum Bereich der Dezemberverfassung zu zählen sind. So wurden etwa die Gesetze zum Schutze der persönlichen Freiheit und zum Schutze des Hausrechts von 1862 nachträglich durch Art. 8 und 9 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger ausdrücklich als «Staatsgrundgesetze» erklärt. Dies hätte,

[17] § 15 des (Grund-)Gesetzes, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 21. Dezember 1867 abgeändert wird; BERNATZIK, S. 745.

[18] Der Abg. Fux, vgl. dessen Hinweis in einer Parlamentsrede im Jahre 1875, Stenographische Protokolle des Abgeordnetenhauses des Reichsrates (künftig: Sten. Prot. AH), VIII. Session, 20. Februar 1875, 4011-12, zitiert bei NEISSER, Bd. 2, S. 311 f. Fux dachte an das Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit und das Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit von 1867 sowie an die sogenannten Maigesetze von 1868, die – gegenüber den die katholische Kirche begünstigenden Bestimmungen des Konkordats von 1855 – die Ehegesetzgebung wiederum auf den Boden des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches von 1811 stellten. Hiezu vgl. K. VOCELKA, *Verfassung oder Konkordat? Der publizistische und politische Kampf der österreichischen Liberalen um die Religionsgesetze des Jahres 1868*, Wien 1978.

so meinte Edmund Bernatziks Verfassungskommentar, auch Folgen für die eventuelle Novellierung, nämlich Anwendbarkeit der Zweidrittelregel gemäß § 15 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung[19]. Weitere Gesetze im Verband der Dezemberverfassung sind zu nennen, so das Gesetz über das Vereinsrecht[20], das Gesetz über das Versammlungsrecht, beide vom 15. November 1867, und auch das Minister-Verantwortlichkeitsgesetz vom 25. Juli 1867. Das letztgenannte Gesetz ist deshalb für unser Thema von Interesse, weil die dort geschaffene Einrichtung der Minister-Anklage vor einem eigenen Staatsgerichtshof an eine Zweidrittelmehrheit in jenem Hause des Parlaments, das die Anklage erhob, gebunden war. Auch die Zurückziehung der Anklage war an eine Zweidrittelmehrheit gebunden[21]. Unterschiedliche Rechtsansichten herrschten in der Folge darüber, ob bereits die Zuweisung eines Antrags auf Anklageerhebung an den zuständigen Parlamentsausschuß mit Zweidrittelmehrheit zu erfolgen hätte oder erst die formelle Anklageerhebung durch das ganze Haus. Obgleich sich 1892 der damalige Präsident des Abgeordnetenhauses F. Smolka für die erstgenannte Alternative aussprach, erfolgte bei einem anderen – berühmten – Antrag auf Anklageerhebung, jenem gegen den Ministerpräsidenten Grafen Kasimir Badeni 1897, die Zuweisung zum Ausschuß mit einfacher Mehrheit. Der Antrag blieb im Ausschuß liegen, zu einer formellen Anklageerhebung kam es nicht[22].

Von Interesse ist der Charakter jener Gesetze, in welchen die Beziehungen zu Ungarn, genauer zu den «Ländern der ungarischen Krone» geregelt wurden, die Beziehungen zur «anderen Reichshälfte», wie man in Österreich oft mit einem in Ungarn verpönten Wort sagte, oder die Beziehungen zum «anderen Staat der Monarchie», wie die in Ungarn zunehmend an Boden gewinnende Diktion lautete[23].

Anfang Juli 1867 beriet man im Verfassungsausschuß des Wiener Reichsrates ein Gesetz betreffend die Entsendung einer Deputation des Reichsrates zu Verhandlungen mit einer Deputation des ungarischen Reichstages;

[19] BERNATZIK, S. 453.

[20] Hierzu der Beitrag vom Peter Urbanitsch in diesem Tagungsband.

[21] §§ 11 und 14, siehe BERNATZIK, S. 374 f.

[22] NEISSER, S. 317 f.

[23] Zu dieser Problematik siehe nunmehr. G. STOURZH, *Der Dualismus 1867-1918: zur staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Problematik der Doppelmonarchie*, in H. RUMPLER - P. URBANITSCH (edd), *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, Bd. 7: *Verfassung und Parlamentarismus*, Wien 2000, S. 1177-1230.

diese Verhandlungen sollten finanzielle Bereiche des Ausgleichs klären. Im Ausschuß wurde die Frage nach der Anwendbarkeit der einfachen oder der Zweidrittelmehrheit diskutiert, ein Abgeordneter (Ignaz von Plener) meldete Zweifel an der Berechtigung einer bloß einfachen Mehrheitsabstimmung an, doch blieb sein Votum in der Minderzahl[24].

Das wichtigste der die Beziehungen zu Ungarn betreffenden Gesetze war das gleichzeitig mit der Dezemberverfassung im engeren Sinne am 21. Dezember 1867 vom Kaiser sanktionierte Gesetz betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie [gemeint war die Gesamtmonarchie! G. St.] gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung». Dieses Gesetz wurde auch «Ausgleichsgesetz» oder «Delegationsgesetz» genannt – letzterer Name deshalb, weil darin die Modalitäten der Wahl, Kompetenz und Wirksamkeit der von den beiden Parlamenten in Wien und Budapest zu bestellenden «Delegationen» zur Beratung der gemeinsamen Angelegenheiten der Doppelmonarchie geregelt wurden. Obgleich «in Ergänzung des Staatsgrundgesetzes über die Reichsvertretung» erlassen, zählte es nicht zu denjenigen Gesetzen, zu deren Abänderung eine Zweidrittelmehrheit für notwendig angesehen wird, wie zwei hervorragende Kenner des Parlamentsrechts 1909 urteilten[25]. Zu bedenken ist jedenfalls, daß das ungarische Parlamentsrecht, ähnlich dem englischen, qualifizierte Mehrheiten und damit die Unterscheidung von Gesetzen, deren Zustandekommen von unterschiedlich normierten Mehrheiten abhing, nicht kannte. Auch bei der Wahl und Tätigkeit der sogenannten Delegationen wurde stets vom Erfordernis der «absoluten» – also der einfachen – Mehrheit gesprochen. Nur beim Anwesenheitserfordernis wurde in einem Fall (Plenarsitzungen beider Delegationen) die Anwesenheit von mindestens zwei Dritteln jeder der beiden Delegationen festgelegt; die Abstimmung hatte jedoch mit absoluter Mehrheit zu erfolgen[26].

Drei Erwägungen bezüglich der Anwendung der qualifizierten Mehrheit in den Jahrzehnten nach 1867 – der Geltungszeit der Dezemberverfassung bis 1918 – möchte ich hier vorlegen.

Erstens: Bei Anwendung oder Nichtanwendung der Zweidrittelmehrheit zeigten sich – im Vergleich zu der in Österreich dank Hans Kelsen seit

[24] B. HAIDER (ed), *Die Protokolle des Verfassungsausschusses des Reichsrates vom Jahre 1867*, Wien 1997, S. 94 und 177.

[25] NEISSER, Bd. 2, S. 299.

[26] § 33; BERNATZIK, S. 450.

1920 viel stärker formalisierten, terminologisch und verfahrensmäßig stärker standardisierten Rechtstechnik des Gesetzgebungs- und Verfassungsgesetzgebungsprozesses – noch viele Unsicherheiten, begriffliche Unklarheiten sowie ein Mangel an verfassungsrechtlicher Information seitens der Regierung, gleichzeitig jedoch ein bemerkenswerter Spielraum des Parlaments und besonders der Parlamentspräsidenten bei der Entscheidung darüber, ob bei konkreten Abstimmungen über Gesetzesvorlagen nun eine Zweidrittelmehrheit erforderlich sei oder nicht. Üblicherweise nahm der Präsident des Abgeordnetenhauses für sich in Anspruch, ohne Abstimmung des Hauses in Zweifelsfällen zu entscheiden, ob verfassungsmäßig eine Abstimmung mit Zweidrittel-Mehrheit erforderlich sei oder nicht. 1891 sprach der Präsident Smolka ausdrücklich davon, daß gewissermaßen «eine Gesetzesbestimmung sozusagen im Wege der parlamentarischen Übung zustande gekommen ist, wonach dieses Recht dem Präsidenten zukommt»[27]. Die Regierung hielt sich übrigens bewußt aus dieser Streitfrage heraus[28]. Es war eine Ausnahme, als 1878 der Präsident des Abgeordnetenhauses Rechbauer bei der Beratung der Verlängerung zweier Paragraphen des Wehrgesetzes erklärte, er sei zwar der Ansicht, daß bei diesen Paragraphen (§§ 13 und 15) die einfache Mehrheit genüge, er aber bereit sei, sich der Entscheidung des hohen Hauses unterzuordnen. Das Haus entschied mit 177 gegen 72 Stimmen gegen die Notwendigkeit einer Zweidrittelmehrheit[29].

1881 kam es zu einer Kampfabstimmung und einer erbitterten politischen Auseinandersetzung zwischen der konservativen und eher föderalistischen Mehrheit und der liberal-zentralistischen Minderheit um die Frage der Reduzierung der Schulpflicht von acht auf sechs Jahre in einigen stärker agrarischen Kronländern. Die Konservativen befürworteten eine Kompetenzerweiterung des Gesetzgebungsrechts der Landtage, die Liberalen waren dagegen und argumentierten, dies müsse mit Zweidrittelmehrheit entschieden werden. Der Präsident, Graf Coronini, ließ nur mit einfacher Mehrheit abstimmen. Dies führte zum Sieg der Konservativen, zu

[27] Sten. Prot. AH, XI. Session, 570, 1. Juni 1891, zitiert bei NEISSER, Bd. 2, S. 295.

[28] Äußerung des Justizministers Grafen Schönborn am 1. Juni 1891, «daß es der Regierung schlecht anstehen, ja daß es ihr mit vollem Recht verübelt würde, wenn sie sich in diese Frage, welche ein Privilegium und interne Angelegenheit des hohen Haues betrifft, einmischen würde»: Zitat NEISSER, Bd. 2, S. 296.

[29] Hierzu NEISSER, Bd. 2, S. 292 f., sowie Sten. Prot. AH, VIII. Session, 13184-13185, 20. Dezember 1878.

einem Mißtrauensvotum der Liberalen und zum Rücktritt des Präsidenten Coronini[30].

Die immer wieder anzutreffende verfassungsrechtliche Unsicherheit kam in der wiederholten Äußerung etwa des Präsidenten Smolka zum Ausdruck, daß «für den möglichen Fall einer irrigen Ansicht meinerseits immerhin das Korrektiv noch in den Beschlüssen des hohen Herrenhauses oder in der Erteilung oder Nichterteilung der Allerhöchsten Sanktion gelegen sein wird»[31]. Es kam auch vor, daß die Notwendigkeit eines Zweidrittelbeschlusses im Abgeordnetenhaus und sogar von dessen Präsidenten übersehen wurde. Dies war der Fall bei einer Bestimmung des Patentgesetzes von 1896, die der Zweidrittelmehrheit bedurfte, weil sie eine Abänderung des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt von 1867 zum Inhalt hatte. Das Herrenhaus wies das Abgeordnetenhaus auf diesen Irrtum hin; Präsident Chlumecky konstatierte daraufhin im Nachhinein ausdrücklich die einstimmige (und damit die Zweidrittelmehrheit inkludierende) Annahme dieser Bestimmung im Abgeordnetenhaus[32].

1890 machte der ehemalige Präsident Coronini den Vorschlag, bei Fällen, in welchen Unsicherheit darüber herrschte, ob mit einfacher oder qualifizierter Abstimmung vorzugehen sei, eine hochrangig besetzte Konferenz zur Klärung der verfassungsrechtlichen Sachlage einzuberufen. Dieser Konferenz sollten angehören: die Präsidenten beider Häuser des Reichsrates, der Ministerpräsident, die Präsidenten des Obersten Gerichtshofes, des Reichsgerichts und des Verwaltungsgerichtshofes oder deren Stellvertreter, sowie jenes Parlamentsmitglied, das den Antrag für den Anlaßfall gestellt hatte. Coroninis Vorschlag wurde allerdings nicht weiter verfolgt[33].

Insgesamt ist im Laufe der parlamentarischen Praxis mehrerer Jahrzehnte eine Schärfung des Blicks für die eigentlichen Grenzen der qualifizierten Mehrheit eingetreten. Als Beleg hierfür gibt es eine sehr klare Äußerung

[30] Vgl. H. RUMPLER, *Parlament und Regierung Cisleithaniens 1867 bis 1914*, in H. RUMPLER - P. URBANITSCH (edd), *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, Bd. 7, S. 755 f. Zur Zweidrittel-Problematik die Debatte im Abgeordnetenhaus am 25. Februar 1881, Sten. Prot. AH, IX. Session, besonders 4141-4145.

[31] Smolka am 21. März 1882 (zitiert bei NEISSER, Bd. 2, S. 297 aus Sten. Prot. AH, IX. Session, 7624); vgl. bereits 23. Februar 1882, Sten. Prot. AH, IX. Session, 6904.

[32] Es handelte sich um einen Ausschluß des Rechtszuges und der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Einzelheiten bei NEISSER, Bd. 2, S. 308 f.

[33] NEISSER, Bd. 2, S. 296-297 (vgl. 968 der Beilagen, Sten. Prot. AH, X. Session).

des Präsidenten des Abgeordnetenhauses Freiherrn von Chlumecky im Jahre 1894:

«Nicht die Frage, ob irgend ein Gegenstand einen verfassungsrechtlichen Inhalt hat, ist für die Frage der Zweidrittel-Majorität entscheidend, sondern nur die Frage, ob es sich um die Abänderung eines Gesetzes handelt, welches mit einer Zweidrittel-Majorität beschlossen worden ist und bezüglich dessen es ausdrücklich im Gesetze heißt, daß es einer qualifizierten, das heißt der Zweidrittel-Majorität bedarf ... Der Umstand, daß ein Gesetz verfassungsrechtliche Normen enthält, ist – wie gesagt – ganz ohne Belang; ich will nur darauf hinweisen, daß ganz eminent verfassungsrechtliche Normen zum Beispiel in der Reichsratswahlordnung enthalten sind und dieselbe trotzdem mit einfacher Majorität abgeändert werden kann»[34].

Hier befinden wir uns bereits, wenn ich das so sagen kann, auf dem Wege in Richtung Hans Kelsens – weg vom materiell-inhaltlichen, hin zum formell-prozeduralen Verfassungsverständnis. Kelsen selbst hat schon 1913 – also noch in der altösterreichischen Epoche! – den «Begriff des formellen Gesetzes» als «das wichtigste Prinzip des Konstitutionalismus, sozusagen das Allerheiligste der Verfassung» bezeichnet[35].

Ich komme zu einer zweiten grundsätzlichen Erwägung. Die österreichische Dezemberverfassung, wie oben gezeigt, bestand aus einem 'Bündel' von Gesetzen. Auch jene Bestimmung, die die qualifizierte (Zweidrittel-)Mehrheit normierte, – der bereits zitierte § 15 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung von 1867 sowie ebenfalls § 15 von dessen Novellierung im Jahre 1873 –, zählte fünf davon betroffene (Staatsgrund-)Gesetze auf. Das bedeutete eine 'Zersplitterung' des Verfassungsrechts. Die Symbolik, die in 'einer' Verfassungsurkunde lag, wie noch 1848/49, war verloren gegangen. Vor allem aber ging die Zersplitterung noch weiter, da in den Jahren und Jahrzehnten nach 1867 nicht bloß Änderungen des Grundgesetzes über die Reichsvertretung zustande kamen – ich erinnere an die Gesetze von 1873, 1882, 1896 und 1907 –, sondern auch zahlreiche Spezialgesetze bzw. Einzelbestimmungen in Spezialgesetzen die qualifizierte Mehrheit erforderten, insoweit sie Abänderungen von Bestimmungen der Staatsgrundgesetze beinhalteten.

[34] Sten. Prot. AH, XI. Session, 17. Nov. 1894, 15642; vgl. auch NEISSER, Bd. 2, S. 296.

[35] In einem ungezeichneten Artikel («von einem Staatsrechtslehrer») *Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof* in «Neue Freie Presse», Nr. 17373, 5. November 1913. Ich verdanke den Hinweis, daß der Autor Kelsen sei, Robert Walter; in der Öffentlichkeit war Bernatzik als Autor vermutet worden. Zum Kontext von Kelsens Artikel, vgl. G. STOURZH, *Verfassungsbruch im Königreich Böhmen: Ein unbekanntes Kapitel zur Geschichte des richterlichen Prüfungsrechts im alten Österreich*, in B.-Ch. FUNK u.a. (edd), *Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag*, Wien - New York 1992, S. 675-690.

Einige Beispiele seien gegeben. 1873 erging ein Gesetz betreffend die zeitweise Einstellung der Geschworenengerichte in Ergänzung des Art. 11 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt[36]. 1875 wurde ein Gesetz über die Regelung von Kompetenzkonflikten zwischen dem Verwaltungsgerichtshof, den ordentlichen Gerichten und dem Reichsgericht mit Zweidrittelmehrheit beschlossen, weil es eine teilweise Abänderung des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt bedeutete. 1879 wurde das Gesetz «zur Erhaltung des Allerhöchsten Hofstaates» beschlossen, das die für den Hofstaat budgetierte Summe für zehn Jahre bis Ende 1889 festlegte – und damit eine Ausnahmeregelung von der im Grundgesetz über die Reichsvertretung vorgesehenen jährlichen Budgetbewilligung bedeutete. Ohne Kenntnis der stenographischen Protokolle und der Abstimmungsmodalität würde der Nichtspezialist nicht ohne weiteres erkennen, daß hier gewissermaßen eine Teilnovellierung des Grundgesetzes über die Reichsvertretung vorlag. 1880 wurde das Gesetz über die Verwaltung Bosniens und der Hercegovina mit Zweidrittelmehrheit angenommen, da es eine Veränderung (Erweiterung) der durch Vereinbarung mit den zur ungarischen Krone gehörenden Ländern als gemeinsam festgestellten Angelegenheiten betraf (vgl. § 11 Abs. o des Grundgesetzes über die Reichsvertretung). 1888 wurde ein Gesetz über die Besorgung des Religionsunterrichts in Schulen und den Kostenaufwand hierfür mit Zweidrittel-Mehrheit beschlossen, weil es eine Abänderung des Art. 17, Abs. 4 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger bewirkte. Auf das Patentgesetz von 1896 bzw. eine Bestimmung dieses Gesetzes habe ich bereits verwiesen. Weitere Fälle wären zu nennen[37].

Zumindest in einem Falle kam es *de facto* zu einer Zweidrittel-Majorität, obgleich lediglich die Minderheit des Abgeordnetenhauses die Rechtsansicht vertrat, diese qualifizierte Mehrheit sei aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend, während die Mehrheit und der Präsident des Hauses die Ansicht vertraten, es handle sich nicht um die Änderung eines Staatsgrundgesetzes, so daß auch eine einfache Mehrheit ausreichen würde. Es handelte sich um ein Gesetz über die Einführung von Ausnahmegerichten in Dalmatien – im Zusammenhang mit aus der Herzegovina herübergreifenden Aufstandsbewegungen – im Jahre 1882. Nach Ansicht der (liberalen) Minderheit bedeutete ein Paragraph dieses Gesetzes eine partielle Außerkraftsetzung des Staatsgrundgesetzes über

[36] Bernatzik, S. 434 f.

[37] Zahlreiche Hinweise bei Neisser, Bd. 2, S. 289-316.

die richterliche Gewalt. Der Präsident Dr. Smolka teilte diese Ansicht nicht, konstatierte jedoch auf Antrag der Minderheit – die bereit war, für das Gesetz zu stimmen – , daß mehr als die Zweidrittel-Mehrheit für das Gesetz gestimmt habe[38].

Das letztgenannte Beispiel zeigt, daß die Frage, ob eine Zweidrittel-Mehrheit in einem konkreten Falle zwingend war oder nicht, Thema kontroverser politisch motivierter Auseinandersetzungen sein konnte; auch andere Beispiele für kontroverse Verfassungsinterpretationen liegen vor, wie etwa die bereits oben genannte Diskussion um die fakultative Reduzierung der Schulpflicht im Jahre 1881. Die Gefahr einer derartigen Kontroverse war 1914 Anlaß für die Regierung, eine – interne – grundsätzliche Darstellung der Problematik der Staatsgrund- und Verfassungsgesetzgebung vorzunehmen. Der Anlaß – eine geplante kaiserliche Notverordnung gemäß § 14 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung betreffend die Ausübung des Vereinsrechts – ist hier nicht von Interesse; von Interesse ist jedoch die aus diesem Anlaß angefertigte Übersicht über die Kategorien «Verfassungsgesetze», «Staatsgrundgesetze» und «qualifizierte Gesetze»[39].

Der staatsrechtliche Referent des Innenministeriums, Baron Johann Andreas Eichhoff ging von Art. VI des Februarpatents von 1861 aus[40]. Im Februarpatent wurden die «vorausgängigen Grundgesetze» (gemeint waren Pragmatische Sanktion und das Oktoberdiplom), die wieder ins Leben gerufenen Verfassungen (der Länder der ungarischen Krone) und die mittels der neuen Grundgesetze geschaffenen Verfassungen (d.i. das Grundgesetz über die Reichsvertretung und die cisleithanischen Landesordnungen von 1861) gemeinsam als «Verfassung Unseres Reiches» bezeichnet. Sowohl das im Februar 1861 erlassene Grundgesetz über die

[38] Sten. Prot. AH, IX. Session, 23. Februar 1882, 6904, sowie die vorhergehenden Debatten *dort*, 6899-6904; nicht ganz präzise die Darstellung bei NEISSER, Bd. 2, S. 294 (einschl. Anm. 2), da zwar Präsident Smolka auf Wunsch des Minderheitssprechers Dr. Sturm das Ergebnis der über die Zweidrittel-Mehrheit hinausgehenden Annahme feststellte, jedoch ausdrücklich seine entgegengesetzte Rechtsmeinung aussprach.

[39] Zum Anlaßfall und zur Frage des Vereinsrechts vgl. den Beitrag vom Peter Urbanitsch in diesem Band. Ich bin Peter Urbanitsch für den Hinweis auf das im folgenden genannte Aktenstück im Österreichischen Staatsarchiv sehr zu Dank verpflichtet.

[40] Österreichisches Staatsarchiv Wien, Abteilung Allgemeines Verwaltungsarchiv, *Bestand Ministerium des Inneren*: Präsidiale 15, Karton 1615, Zl. 4111/M.I./1914, 18. April 1914. Eichhoff spricht übrigens irrtümlich an einer Stelle vom «Oktoberdiplom (Art. VI)», doch gibt es im Oktoberdiplom gar keinen Art. VI, sondern lediglich im Februarpatent.

Reichsvertretung als auch die gleichzeitig erlassenen Landesordnungen wurden im Februarpatent aber auch ausdrücklich als «Staatsgrundgesetze» bezeichnet[41]. Eichhoff ging nun zunächst der Frage nach, wie sich «Staatsgrundgesetze» und «Verfassungsgesetze» zueinander verhielten. Er kam zum Schlusse, daß das «Kriterium des Verfassungsgesetzes ein materielles, jenes des Staatsgrundgesetzes ein formelles» wäre. Sich am Wortlaut des Februarpatentes (Art. VI) orientierend, erblickte Eichhoff das (materielle) Kriterium für ein Verfassungsgesetz darin, daß es mit der Feststellung der staatsrechtlichen Verhältnisse des Reiches, der Vertretung der Völker und der Ordnung ihrer Teilnahme an der Gesetzgebung und Verwaltung zu tun habe. Staatsgrundgesetze waren nach Eichhoff all jene Gesetze, die in der gesetzlichen Terminologie als solche benannt oder ausdrücklich als Ergänzung oder Änderung eines Staatsgrundgesetzes erlassen, oder als Bestandteil eines Staatsgrundgesetzes bezeichnet würden. Eichhoff meinte weiter, daß zwar alle Staatsgrundgesetze Verfassungsgesetze, aber nicht alle Verfassungsgesetze Staatsgrundgesetze wären. Verfassungsgesetze waren auch all jene Gesetze wie etwa Wahlordnungen, gegen deren Verletzung Staatsbürger vor dem Reichsgericht wegen «Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte» Beschwerde erheben konnten[42].

Als dritte Kategorie führte Eichhoff «qualifizierte Gesetze» an, d.h. Gesetze von besonderer Wichtigkeit, die entweder als unabänderlich bezeichnet wurden (das Oktoberdiplom bezeichnete sich als «unwiderruflich») oder deren Änderung einer besonderen qualifizierten Mehrheit bedürfe. Alle als Staatsgrundgesetze oder in deren Abänderung beschlossenen Gesetze fielen darunter, aber nicht alle (von Eichhoff so bezeichneten) Verfassungsgesetze; andererseits gab es auch mit qualifizierter Mehrheit behaftete Landesgesetze, die nicht als Staatsgrund- oder Verfassungsgesetz galten (vgl. unten bei Anm. 44 und 45). Eichhoff erstellte eine Liste von 18 (Reichs-)Verfassungsgesetzen (beginnend mit der Pragmatischen Sanktion), von welchen er 14 als Staatsgrundgesetze bezeichnete; dazu kamen die als Staatsgrundgesetze bezeichneten Landesordnungen und Landtagswahlordnungen[43]. Allerdings gab es eine Reihe von Gesetzen

[41] BERNATZIK, S. 255-257.

[42] Art. 3b) des Staatsgrundgesetzes über die Einsetzung eines Reichsgerichts, BERNATZIK, S. 428.

[43] Eichhoff bezeichnete das «Ausgleichs»- oder «Delegations»-Gesetz betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten als Staatsgrundgesetz, weil es im Eingang als Ergänzung des Staatsgrundgesetzes über die

oder Gesetzesartikeln, die kompetenzändernde Abänderungen vor allem des Grundgesetzes über die Reichsvertretung beinhalteten, und die nicht in Eichhoffs Liste aufscheinen. Eine vollständige Erfassung aller mit qualifizierter Mehrheit beschlossenen Gesetze bzw. Gesetzesteile der «Verfassungsära» liegt unseres Wissens bislang nicht vor.

Zum Abschluß dieses zweiten Punktes ist mit Nachdruck auf folgendes hinzuweisen: Die in der Gegenwart in Österreich so häufig und mit Recht beklagte außerordentlich starke Zersplitterung und Unübersichtlichkeit des Verfassungsrechts, mit vielen Hunderten von «Verfassungsbestimmungen» in einfachen Gesetzen, hat ihren Ausgangspunkt nicht in der sogenannten «Kelsen-Verfassung» von 1920. Diese Zersplitterung verfügt über ältere Traditionsstränge, sie verfügt über ältere Wurzeln, eben aus dem Halbjahrhundert zwischen 1867 und 1918.

Die Negativeffekte der Zersplitterung und Unübersichtlichkeit von Verfassungsrecht möchte ich – unhistorisch von der Verfassungsgeschichte in die Verfassungsgegenwart abschweifend – kontrastieren mit jener Norm des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland – Art. 79 Abs. 1 des Grundgesetzes –, wonach das Grundgesetz nur durch ein Gesetz geändert werden kann, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt. Sie bedeutet, wie Konrad Hesse geschrieben hat, daß jeder «ohne Schwierigkeiten» erkennen soll, «was de constitutione lata gilt». Denn sonst, so schreibt Hesse weiter, wären der «Primat und die stabilisierende Wirkung der geschriebenen Verfassung, die Rechtsklarheit und Rechtsgewißheit, die sie schafft», «preisgegeben zugunsten der Zulassung eines notwendig immer unübersehbarer werdenden Konglomerats von Abweichungen ...»[44].

Ich kehre abschließend zurück zur altösterreichischen Entwicklung im Halbjahrhundert zwischen 1867 und 1918 und komme zu meinem dritten Punkt.

Eine neue und sehr interessante Entwicklung der qualifizierten Mehrheit setzte in den ersten Jahren nach 1900 ein. Ich habe bereits vorhin den Namen von Georg Jellinek erwähnt und seine Schrift über das Recht der Minoritäten von 1898. Jellinek plädierte für einen Schutz national/

Reichsvertretung bezeichnet wurde. Allerdings zählte, wie oben Anm. 25 bereits bemerkt, dieses Gesetz nicht zu den Gesetzen, für deren Abänderung eine Zweidrittelmehrheit für notwendig angesehen wurde!

44 K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe 1968², S. 253.

ethnischer Minderheiten vor dem parlamentarischen Mehrheitsdruck der nationalen Mehrheiten – konkret plädierte er für einen Schutz der deutschen Minderheit gegenüber der slawischen Mehrheit im cisleithanischen Österreich. Die Reform des Reichsratswahlrechts von 1906/07 war de facto ein Versuch in dieser Richtung. Die Wahlreform von 1906/07 war ein nationaler Kompromiß, der, grob gesprochen, den Anteil der Deutschen im Abgeordnetenhaus gegenüber den Tschechen im Vergleich zur Bevölkerung begünstigte; andererseits war die Einführung des allgemeinen gleichen Männerwahlrechts ein Desiderat der Slaven, besonders der Tschechen. Nun wurden die Änderungen dieses 1906 erzielten Kompromisses an eine besonders qualifizierte Mehrheit gebunden. Änderungen bestimmter Teile der Wahlreform konnten nur bei Anwesenheit von mindestens 343 der 516 Mitglieder des Abgeordnetenhauses beschlossen werden, wobei Abgeordnete, die gleichzeitig Mitglieder der Regierung oder des Parlamentspräsidiums oder als Schriftführer tätig waren, nicht mitgezählt werden durften[45]. Dieses Kalkül sollte das Überstimmtwerden der deutschen Abgeordneten verhindern[46].

Der bewußte Einsatz qualifizierter Mehrheiten zum Schutz nationaler Minderheiten bzw. zum Schutz – etwas unfreundlicher gesagt, zur Einbetonierung – erzielter nationaler Kompromisse erfolgte auch in einigen Kronländern im Rahmen der bekannten nationalen Ausgleichswerke in Mähren 1905/06 und in der Bukowina 1909/10. Die mährische Landesordnung von 1906 normierte für national sensible Bereiche die Zweidrittelmehrheit und ein großes Anwesenheitsquorum (121 bei einer Gesamtzahl von 151 Abgeordneten; § 38); die Änderung bestehender Gemeindewahlordnungen wurde überhaupt an die Zustimmung einer Mindestzahl von 93 Abgeordneten gebunden. Auch die Änderung der Landtagswahlordnung wurde einem hohen Anwesenheitsquorum (121 Mitglieder) und einer Zweidrittelmehrheit der Anwesenden unterworfen (§ 75)[47]. Ähnliche stringente Bestimmungen wurden in der Landtagsordnung und Landtagswahlordnung für die Bukowina von 1910 verankert.

Die Intensivierung der nationalpolitischern Agitation führte auch in anderen Kronländern zum verstärkten Einsatz qualifizierter Mehrheiten. Die sogenannten «nationalen Schutzgesetze» in Niederösterreich,

[45] § 42 der Reichsratswahlordnung vom 26. Jänner 1907, BERNATZIK, S. 781.

[46] Vgl. W.A. JENKS, *The Austrian Electoral Reform of 1907*, New York 1950, S. 172-173; vorzüglich auch BERNATZIK, S. 886-889.

[47] BERNATZIK, S. 900 f., 937.

Oberösterreich, Salzburg und Vorarlberg, alle am gleichen Tage, dem 1. November 1909 erlassen, normierten den Primat der deutschen Sprache in diesen Ländern (ein symbolischer Akt)[48] und setzten die Abänderungsmodalitäten mit jenen für die Landesordnungen (Landesverfassungen) gleich, d.h. Zweidrittel-Mehrheit bei Anwesenheit von drei Vierteln der Abgeordneten[49].

Die – hier nur ansatzweise skizzierte, in Wirklichkeit erst zu erforschende – Geschichte der Rolle oder des Stellenwerts qualifizierter Mehrheitsentscheidungen in der altösterreichischen Verfassungsgeschichte im Zeitalter der konstitutionellen Monarchie fördert vor allem zwei voneinander durchaus zu trennende vorläufige Ergebnisse zu Tage: einerseits die Anfänge jener Verästelung und Zersplitterung des Verfassungsrechts im formellen Sinne, die in der Verfassungsentwicklung der Republik Österreich bis in die Gegenwart noch unvergleichlich stärker auftreten sollten, andererseits den bewußten und wohlmotivierten Einsatz qualifizierter Mehrheiten als Instrument national- oder ethnopolitischer Schutz- und Kompromißregelungen.

Nicht zu vergessen ist allerdings, daß die konstitutionelle Monarchie in Österreich von 1848 bis 1918 stets unter dem Schatten eines zeitweise offenen Absolutismus, in späteren Zeiten unter dem Schatten des von Friedrich Tezner so genannten «subsidiären Absolutismus» und natürlich unter dem Primat des in wichtigen Ländern, besonders in Böhmen, ungelösten Nationalitätenkonflikts stand[50]. Die vielzitierte «Selbstbindung» des Monarchen im monarchischen Konstitutionalismus funktionierte in Altösterreich nicht; sie wurde immer wieder aufgehoben. Auf 1848/49 folgte der Neoabsolutismus; die konstitutionelle Reichsvertretung von 1861 wurde 1865 sistiert; das System der Dezemberverfassung wurde 1871, wenn auch nur vorübergehend und erfolglos, umgeworfen. Noch 1913 wurde die böhmische Landesverfassung außer Kraft gesetzt und ein landesfürstlicher Absolutismus eingeführt. Viele in Österreich erwarteten sich in den Jahren vor 1914 die große Lösung der Nationalitätenkonflikte von einem Oktroi des Thronfolgers Franz Ferdinand, wenn er einmal die Nachfolge Franz Josephs antreten sollte. «Der Herr hat die Verfassung

48 In Niederösterreich wurden mit Rücksicht auf den reichsgerichtlich festgestellten Minderheitenschutz für einige slawische Gemeinden im Nordosten des Landes gewisse Modifizierungen des Textes vorgenommen.

49 BERNATZIK, S. 1014 f.

50 Hierzu jetzt G. STOURZH, *Der Dualismus 1867-1918*, S. 1229.

gegeben, der Herr kann sie wieder nehmen» – so skeptisch-resigniert drückte Friedrich von Wieser 1905 die Befindlichkeit eines kritischen Zeitgenossen aus[51].

[51] F. VON WIESER, *Über Vergangenheit und Zukunft der österreichischen Verfassung*, Wien 1905, S. 2 f.

La garanzia della Costituzione. Riflessioni sul caso francese

di *Luigi Lacchè*

«Toute constitution qui a été violée est prouvée mauvaise. Car, de trois choses, une est démontrée. Ou il était impossible aux pouvoirs constitutionnels de gouverner avec la constitution, ou il n'y a avait pas dans tous ces pouvoirs un intérêt égal à maintenir cette constitution; ou, enfin, il n'existait pas dans les pouvoirs opposés au pouvoir usurpateur des moyens suffisants de la défendre ...»[1].

In questa notazione di Benjamin Constant non si intravede soltanto un profilo di teoria costituzionale: è soprattutto la recente storia francese dell'idea stessa di Costituzione a balzare in primo piano con tutti i suoi drammatici interrogativi e dilemmi. È come se Constant volesse richiamare alla memoria della Restaurazione il serrato dibattito e il travaglio dell'età post-rivoluzionaria alla ricerca di quell'organizzazione dei poteri che, garantendo la Costituzione, potesse salvaguardare al meglio i diritti e le libertà degli individui. Per Constant gli «interessi» e i «mezzi» – ovvero le garanzie – dovevano ancorare la Costituzione (*constitution-défiance*) a un'antropologia non certo ottimistica dell'esercizio del potere. Se da un lato sembra voler credere alla necessità della garanzia costituzionale, dall'altro è ben consapevole dei limiti e dei pericoli insiti in ogni sua assolutizzazione.

L'impossibilità di costituzionalizzare la Rivoluzione se non ha certo impedito la nascita di uno straordinario laboratorio di forme, modi, tecniche di organizzazione del potere e di instaurazione dell'ordine politico, ha tuttavia dato l'abbrivio a quel complesso «discorso» strutturale sulla mutevolezza e sull'instabilità costituzionale destinato ad incunearsi ben dentro il nostro più ravvicinato orizzonte temporale. C'è chi, come Walter Bagehot, ha chiamato in causa il 'carattere francese' (lungo un percorso

[1] B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif ... avec une introduction et des notes par M. Edouard Laboulaye*, *Additions et Notes* (1818), 2 voll., Paris 1872, I, p. 380. Questo profilo era stato affrontato da Constant nel capitolo IX delle *Réflexions sur les constitutions et les garanties*, Paris 1814, e ancor prima nello scritto direttoriale *Des réactions politiques* del 1797.

che ci riporterebbe a Burke) perché inadatto al governo costituzionale: gli insuccessi a catena gli fanno sorgere a metà dell'Ottocento il sospetto che «...un numero così grande di bancarotte suggerisca un po' d'inadeguatezza al commercio ...»[2], che addirittura l'eccesso di ingegno – di ingegneria costituzionale si direbbe oggi – sia poco adatto a fortificare i principi costituzionali e a radicarne le istituzioni.

Non stupisce allora che l'«artificialismo» costituzionale sia uno dei temi più ricorrenti: fare e disfare le costituzioni sarebbe insomma un 'vizio' tipicamente francese. Un tema, questo, che si istituzionalizza alla Restaurazione e che non lascia più il campo per buona parte del secolo. Prevost-Paradol, quasi alle soglie della Terza Repubblica, lo dirà con formula efficace: «... la Révolution française a fondé une société, elle cherche encore son gouvernement»[3]. Questa ricerca non è stata mai tanto pressante e necessaria come dopo la Restaurazione. Qual è il valore, lo statuto politico e normativo della Costituzione? Quale idea di Costituzione accompagna la storia francese in un arco cronologico che ripropone più diluita nel tempo la metamorfosi – come nel primo ciclo rivoluzionario – dalla monarchia costituzionale all'Impero passando per la Repubblica? Se certo non è possibile scorgere una linea di sviluppo 'rettilineo'[4], in termini di storia 'progressiva', sarebbe però insufficiente affidarsi a generici schematismi che enfatizzano elementi esteriori e non riescono a penetrare le ragioni più profonde del costituzionalismo francese. Una prima impressione infatti potrebbe favorire un'immagine eccessivamente riduttiva del valore della Costituzione, segnata da una sorta di minimalismo costituzionale, da una prospettiva essenzialmente eclettica, da un'intrinseca debolezza sul piano della legittimità. Pur convivendo con tali profili, si potranno però scorgere al contempo vicende storico-concrete e significative linee di riflessione dottrinale che sollecitano un più adeguato uso, in chiave di contestualizzazione storica, delle categorie

[2] Bagehot scrive, non a caso, dopo il colpo di Stato di Luigi Bonaparte: *Napoleone III. Lettere sul colpo di Stato francese del 1851*, a cura di M. GRIFFO, Roma 1997, pp. 94-95. Cfr. inoltre P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, Paris 1994, pp. 179-180. François Furet ha definito i Francesi alla stregua di «fondamentalistes de la politique» che hanno concesso «très peu d'espace à la réflexion constitutionnelle proprement dite, et à ce minimum d'empirisme inséparable de l'étude d'institutions ajustées au paysage tourmenté offert par l'opinion» (F. FURET, *L'idée de tradition révolutionnaire dans la France du XIXe siècle*, in «Pouvoirs», 50, 1990, p. 12).

[3] L.-A. PREVOST-PARADOL, *La France nouvelle*, Paris 1868, p. 296.

[4] Ph. ARDANT, *Le contenu des Constitutions: variables et constantes*, in «Pouvoirs», 50, 1990, p. 31.

di analisi che appartengono alla teoria costituzionale. Non giova infatti alla comprensione né un approccio appiattito sulla ricerca retrospettiva di ciò che è patrimonio esclusivo del XX secolo e che quindi non si potrà ritrovare se non forzando il dato storico, né escludere *a priori* la presenza di logiche, di meccanismi e di categorie che riteniamo appannaggio altrettanto esclusivo del nostro bagaglio culturale. Senza dubbio ci troviamo di fronte una categoria di costituzionalità che è presente in alcuni momenti, senza riuscire tuttavia a conquistare uno statuto di regolarità e di ordine sistematico. È una vicenda dunque che si può cogliere più nella prospettiva fluida e propositiva della politica costituzionale che in quella «normativa» del diritto costituzionale.

1. *Tra «esprit» e «lettre», ovvero come interpretare la Costituzione*

Dopo il 1814, in concomitanza con l'*octroi* della *Charte constitutionnelle* e con altre più effimere ma importanti esperienze costituenti[5], una babele di linguaggi sembra invadere la Francia. È possibile dare vita a un lessico comune al fine di concepire un'idea sufficientemente unitaria di Costituzione? La *Charte* del 1814 e gli altri testi costituzionali coevi risentono tutti – in varia misura e muovendo ciascuno da una premessa specifica – di tale difficoltà. Il discorso della storia costituisce una forma di reazione al costituzionalismo rivoluzionario, eppure non può più prescindere da esso; d'altro canto, gli eccessi riconoscibili nell'astrattezza razionale di epoca rivoluzionaria hanno fatto ripensare con più favore «... à l'aide du temps, le plus doux et le plus puissant des auxiliaires»[6]. Malgrado le volontà e i progetti dei protagonisti della vicenda politico-costituzionale della Restaurazione, il terreno di scontro (e di arduo incon-

[5] Mi riferisco alla Costituzione senatoriale del 6 aprile 1814, all'Atto addizionale del 22 aprile 1815 e ai progetti del giugno-luglio 1815 elaborati dalla Camera dei deputati. Per una sintesi e per più ampi riferimenti bibliografici mi permetto di rinviare a L. LACCHÈ, *Constitución, Monarquía, Parlamento: Francia y Bélgica ante los problemas y «modelos» del constitucionalismo europeo (1814-1848)*, in «Fundamentos», 2, 2000, pp. 476 ss.

[6] «Tant qu'on n'a pas essayé d'une constitution par la pratique, les formes sont une lettre morte: la pratique seule en démontre l'effet et en détermine le sens. Nous n'avons que trop abattu l'édifice sous prétexte de le reconstruire: profitons désormais des lumières qui ne s'acquièrent que par les faits, afin de pourvoir graduellement à tous les besoins partiels, avec mesure, avec lenteur, à l'aide du temps, le plus doux et le plus puissant des auxiliaires» (B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France* [1815], in B. CONSTANT, *Oeuvres*, texte présenté et annoté par A. ROULIN, Paris 1957, p. 1126).

tro) è appunto quello dell'idea di Costituzione[7]. Senza una concezione appena condivisa, appare difficile se non impossibile poter fondare un sistema costituzionale capace di mettere radici.

«Quando nel 1814 la Carta fu concessa, gli *ultra* s'illudevano, e i liberali temevano, che la Costituzione fosse una formalità a cui momentaneamente ci si piegasse, salvo poi lasciarla cadere o a obliarla come le costituzioni dell'Impero»[8].

Nonostante la critica radicale dei più reazionari, l'ambigua 'sopportazione' dei realisti moderati, l'esaltazione ideologica dei liberali, la Carta non fu lasciata cadere. Tutti parlavano di Costituzione – nel bene e nel male –, ma il problema era poi definirne i tratti essenziali e di conseguenza il suo valore. Non bisogna dimenticare del resto come alla Restaurazione il Codice civile da un lato e la legge del 28 piovoso dell'anno VIII dall'altro continuassero a fissare i contorni costituzionali senza i quali sarebbe del tutto riduttivo leggere la vicenda delle Carte e del costituzionalismo ottocentesco. Essi rappresentano i due principali baluardi delle libertà borghesi 'materiali' garantite dal diritto statuale. Le costituzioni 'leggere' non sono insomma concepibili senza questa parte 'pesante' che si identifica con lo spazio del Codice civile e con il governo buracratico-razionale dello Stato[9].

Nell'arco di poco più di un anno i testi costituzionali rivelano – come si è già osservato – l'esistenza di un dibattito vivace ma anche la difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra il fine che la Costituzione deve perseguire (tutelare le libertà dell'individuo attraverso un'efficace organizzazione dei poteri dello Stato) e la legittimità-forma della Costituzione. Se rispetto al primo elemento è possibile constatare un certo grado di condivisione delle tecniche e dei meccanismi di funzionamento del regime costituzionale (mettendo qui l'accento più sulle identità che sulle differenze), rispetto al secondo elemento i vari testi e progetti si dividono sul punto della legittimità fondatrice e dunque sulla natura della sovranità da costituzionalizzare[10].

[7] Su questa espressione, si veda P. BASTID, *L'idée de la constitution*, Paris 1985.

[8] A. OMODEO, *Studi sull'età della Restaurazione. La cultura francese nell'età della Restaurazione*, Torino 1974², p. 63, dove riporta l'efficace testimonianza del Barone de Barante (*Souvenirs du Baron de Barante, de l'Académie française [1782-1866], publiés par son petit fils Claude de Barante*, 8 voll., Paris, Calmann - Lévy, 1890-1891, Paris 1880, II, p. 36).

[9] Sul punto si rinvia a L. LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milano 1995.

[10] Cfr. *infra*, § 3.

Non è del tutto corretto vedere nella Carta borbonica anzitutto un «tributo all'apparenza»[11], ovvero un testo composto dall'assemblaggio di due 'parti', l'una formale, d'apparato, l'altra invece – ben più importante e duratura – destinata agli spiriti liberali della nazione. L'«arcaismo»[12] del testo deve essere quindi sottolineato come dato essenziale e non meramente accessorio. Il Preambolo rappresenta una vera e propria teoria della monarchia di antico regime nel contesto di una modernizzazione della forma di esercizio del potere che abbozza i tratti elementari del governo rappresentativo ma stenta però a riconoscere una vera dinamica pluralista degli organi.

Considerate queste premesse, non deve sorprendere che la Carta del 1814 appaia una Costituzione volta più a delimitare i confini del 'compromesso' raggiunto al momento della Restaurazione che a 'promettere' equilibri politico-programmatici da realizzare nei tempi a venire. La cosiddetta ambiguità della Carta è l'opera di due prevalenti interpretazioni del documento: i *royalistes* – e non necessariamente gli *ultras* – si trincerano dietro il baluardo della *lettre* e della forma concessoria; i liberali insistono sul significato dell'*esprit*, concetto a dir poco vago sul piano giuridico. Gli uni possiedono quindi un forte argomento 'giuridico', gli altri pensano di poter far leva su un argomento 'politico' che bisogna però coltivare e diffondere. L'uno è un argomento statico, l'altro è dinamico. Per i conservatori la Carta sembrerebbe un punto di arrivo, per i liberali un dato di partenza da potenziare e sviluppare. L'equivoco di fondo nasce dalla duplice natura della Carta: atto giuridico concessorio e forma istitutiva di un certo grado di collaborazione tra il principio monarchico e il principio rappresentativo incarnato dalla Camera dei deputati. L'ambiguità dell'operazione stava nella inevitabile e insuperabile confusione tra l'elemento giuridico – relativamente forte sotto il profilo della legittimità – e l'elemento politico, più fluido e dinamico.

[11] È la tesi di P. BASTID, *Les institutions politiques de la Monarchie parlementaire française (1814-1848)*, Paris 1954, pp. 139 ss.

[12] Questo profilo, già evidenziato da J. BONNEFON, *Le régime parlementaire sous la Restauration*, Paris 1905 e da Ch. ROHMER, *Le droit d'ordonnance et l'esprit de la Charte de 1814*, Paris 1931, è stato chiarito ulteriormente da S. RIALS, *Essai sur le concept de monarchie limitée (autour de la Charte de 1814)*, in S. RIALS, *Révolution et contre-révolution au XIXe siècle*, Paris 1987, pp. 88-125 e ripreso, con dovizia di argomenti, da A. LAQUIEZE, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris 2002, pp. 59 ss. È da notare che già Luigi-Filippo d'Orléans aveva, nei suoi ricordi del 1814, posto l'accento sul carattere arcaico, *ancien régime*, della Carta. Sul manoscritto si veda H. ROBERT, *Louis-Philippe constitutionnaliste*, in «Commentaire», 63, 1993, pp. 577-580.

L'aspetto formale-giuridico (la tradizionale prerogativa regia fonte della Costituzione) fu contaminato e progressivamente aggredito dall'idea che l'atto costituzionale fosse la sanzione di un 'compromesso', ovvero di un patto tra il sovrano e i sudditi.

Le due prevalenti posizioni sembrerebbero dunque assestarsi attorno a questi poli argomentativi: per gli uni la Carta è un baluardo costruito attorno al monarca, per gli altri una prospettiva di interpretazione, prevalentemente ideologica, in grado di suggerire un determinato sviluppo-integrazione del testo[13]. Nel concreto della lotta politica, tuttavia, le posizioni e gli schieramenti stentano a mostrare coerenza e sufficiente coesione. La vicenda della cosiddetta *Chambre introuvable*[14] – tra il 1815 e il 1816 – mostra un paradossale scambio di 'ruoli': gli *ultras*, che godono di una forte maggioranza nella Camera dei deputati, insistono sul tema del controllo parlamentare e della partecipazione all'indirizzo politico del governo. Vitrolles[15] e Chateaubriand[16] ne sono i più lucidi interpreti. Se gli adepti della monarchia limitata diventano i fautori di una evoluzione 'parlamentare' del regime politico, i liberali – in questo 'gioco delle parti' – sono 'costretti' a tenere un atteggiamento difensivo

[13] È nella fase costitutiva del 1814-1815 che si vede la dimensione progettuale e di 'avanzamento' costituzionale, anche nelle proposte meno provvedute sul piano concettuale: «La charte constitutionnelle qui vient de paraître, a déjà rallié tous les gens qui pensent bien autour du trône. Nous attendons encore peu de lois, mais de lois bonnes, durables, des lois organiques et générales qui en seront le développement et comme le complément; alors l'Etat de la France sera fixé» (L. DOMENY DE RIENZI, *Tableau de la France, telle qu'elle a été, telle qu'elle est, telle qu'elle peut être ou aperçu politique et impartial sur sa Restauration*, Marseille 1814, pp. 42-43).

[14] Cfr. M.S. CORCIULO, *Le istituzioni parlamentari in Francia. Cento Giorni e seconda Restaurazione (1815-1816)*, Napoli 1979; C. CASSINA, *I lavori parlamentari della Chambre introuvable*, in «Critica storica», 4, 1989, pp. 573-610; P. ROSANVALLON, *Les Doctrinaires et la question du gouvernement représentatif*, in *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, 4 voll., Oxford 1989, 3: F. FURET - M. OZOUF (edd), *The Transformations of Political Culture 1789-1848*, pp. 412 ss.; E. DE WARESQUIEL, *Un paradoxe politique: la Chambre «introuvable» et la naissance du parlementarisme français (octobre 1815 - avril 1816)*, in «Commentaire», 15, 1992, pp. 409-416; P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible*, cit., pp. 75 ss.; M.S. CORCIULO, *La «Chambre introuvable» e i principi del regime parlamentare (agosto 1815 - settembre 1816)*, in A.G. MANCA - W. BRAUNEDER (edd), *L'istituzione parlamentare nel XIX secolo. Una prospettiva comparata* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beiträge, 10), Bologna 2000, pp. 119-137.

[15] E.-F.-A. DE VITROLLES, *Du ministère dans le gouvernement représentatif*, Paris 1815.

[16] F.-R. DE CHATEAUBRIAND, *De la Monarchie selon la Charte*, Paris 1816.

e si fanno scudo della *prérogative royale.* Per uno Chateaubriand[17] che censura l'atteggiamento dei liberali, ecco un Guizot[18] o un Villemain[19] pronto a denunciare la singolare 'metamorfosi' degli *ultras.*

Il carattere strumentale della polemica negli anni 1815-1816 rivela però un dato strutturale della lotta politica. Chi conquista la maggioranza della Camera dei deputati tende ad accentuare la natura 'parlamentare' del regime. In fondo, l'atteggiamento degli *ultras* della *Chambre introuvable* ha una pur debole eco nel comportamento dei liberali a partire dal 1827, dalla caduta del ministero Villèle. Ciò significa che la lotta politica fa velo sulla stabilità e condivisione del quadro costituzionale. È un elemento che non deve certo meravigliare se si pensa a quanti pochi anni siano trascorsi dall'avvio dell'esperienza costituzionale in Francia. Il 'gioco delle parti' tra *ultras* e liberali – per restare alla semplificazione dei due «partiti» – è anche l'espressione di una psicologia costituzionale che discende dall'interpretazione della *Charte* e del suo regime politico. Chi ha la maggioranza, si diceva, fa leva sul carattere parlamentare e dualistico; chi è sulla difensiva tende a ritrovare nel monarca un soggetto dotato di prevalenti prerogative il cui utilizzo legale può ricondurre la maggioranza entro un ambito più consono allo schema «monistico»

17 «Quelle pitié d'entendre aujourd'hui les *constitutionnels* nier l'existence des gouvernements représentatifs, soutenir qu'une chambre de députés doit se réduire à la passive obéissance, combattre la liberté de la presse, préconiser la police, enfin changer entièrement de rôle et de langage! Ils traitoient d'esprits bornés, d'esclaves, d'ennemis des lumières, ceux qui professoient les principes qu'ils adoptent aujourd'hui. Sont-ils convertis? Non, c'est toujours le même *liberalisme* ...» (*ibidem*, p. 81).

18 «Ainsi la Charte elle-même est devenue leur champ de bataille; c'est dans le traité de paix qu'ils vont chercher des armes pour recommencer la guerre; et, partant des points les plus opposés, se proposant les buts les plus contraires, ils semblent se concerter pour porter les mêmes coups au gouvernement et à la nation, qui, l'un et l'autre, n'ont rien à démêler avec eux» (F. GUIZOT, *Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France*, Paris 1816, p. 8).

19 A.F. VILLEMAIN, *Le roi, la Charte et la Monarchie*, Paris s.d., p. 7: «Les plus grands ennemis de la constitution sont désormais condamnés à l'invoquer toujours; leur triomphe l'aurait détruite; leurs attaques ne peuvent que l'affermir, en les forçant de jouer un rôle qui ne trompe personne, mais qui est un hommage rendu aux principes de la liberté, et qui complète l'unanimité nationale en faveur de la Charte. Nous le disons avec joie et confiance. Le gouvernement représentatif est donc naturalisé en France. Une puissance irrésistible y pousse également toutes les opinions. Les publicistes les plus opposés par leurs sentiments et leurs voeux, se rencontrent dans ce point commun. M. de Chateaubriand consacre son talent à reproduire et, si l'on veut, à réhabiliter les théories si bien exposées par M. Benjamin Constant: et *Jerusalem* parle comme *Samarie*».

della *Charte*. È evidente che il dibattito di fine anni Venti rimette *ultras* e liberali nelle loro 'naturali' posizioni, ma questo carattere non abbandonerà – seppure con forme ulteriori e diverse – il sistema costituzionale in Francia neppure dopo il 1830.

Anche il problema della modificabilità (in tutto o in parte) o immodificabilità della Carta, del come e con quali procedure farlo, rivela una notevole confusione[20]. Se prevale la tesi della revisione nella forma della legislazione ordinaria, nondimeno da un lato i liberali cercano di affermare la teoria secondo cui la modifica legislativa avrebbe dovuto seguire a un mandato speciale (per esempio a seguito di nuove elezioni)[21], dall'altro la maggioranza conservatrice nega che anche le più vistose modificazioni apportate alla Carta – basti pensare alle leggi sul doppio voto e sull'estensione del mandato elettorale (da 5 a 7 anni) – integrino l'ipotesi di 'incostituzionalità'. Nello stesso tempo, malgrado le indecisioni e le debolezze del sistema, è innegabile constatare la centralità della *Charte* nel discorso e nella lotta politica della Restaurazione. In fondo tutti gli schieramenti 'difendono' la *Charte*: la differenza sta nei parametri di interpretazione del testo. Ognuno ha la 'sua' Carta: gli *ultras*, nel corso

[20] Tale confusione dipende in molti casi dalla più scomoda posizione in cui si trovano i liberali rispetto agli *ultras*. Un esempio evidente si ha nell'atteggiamento di Benjamin Constant. Se questi nel 1814 elabora una chiara distinzione tra un nucleo rigido e ben delimitato della Costituzione, non soggetto a revisione legislativa, e le materie «non costituzionali» ordinariamente modificabili, nel 1824 è costretto, di fronte all'uso strumentale ma inappuntabile delle sue stesse parole da parte di Castelbajac (in occasione del dibattito sul mandato settennale dei deputati), a contrastare tale tentativo senza però potersi avvalere della tesi della integrale immutabilità della Carta. Cfr. sul punto M. BARBERIS, *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bologna 1988, pp. 198 ss.

[21] Nel preambolo dell'ordinanza del 13 luglio 1815 – dopo il ritorno di Luigi XVIII esule a Gand durante i Cento Giorni – con la quale si modificava il regime elettorale, si legge: «... mais voulant cependant que, dans aucun cas, aucune modification à la Charte ne puisse devenir définitive que d'après les formes constitutionnelles, les dispositions de la présente ordonnance seront le premier objet des délibérations des Chambres. Le pouvoir législatif dans son ensemble statuera sur la loi des élections, sur les changements à faire à la Charte dans cette partie, changements dont nous ne prenons ici l'initiative que dans les points les plus indispensables et les plus urgents, en nous imposant même l'obligation de nous rapprocher, autant que possible, de la Charte et des formes précédemment en usage» (J.B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat*, Paris 1837, XX, pp. 4-5). Sul tema, cfr. inoltre M. ROUX, *Le pouvoir constituant sous la Restauration*, Paris 1908; J. BARTHÉLEMY, *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de Juillet*, in «Revue de droit public», 26, 1909, pp. 8 ss.; P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible*, cit., p. 130.

degli anni Venti, sentono il pericolo di un graduale scivolamento verso un regime di 'influenza' della Camera dei deputati sull'indirizzo politico espresso dal «governo del re» e quindi si adoperano per «restaurare» il significato «autentico» della *Charte*; i liberali, moderati e di «sinistra», invece, mettono l'accento sul carattere «contrattuale» e considerano la Costituzione dal punto di vista «materiale».

2. «*La Charte désormais sera une verité*»

Sul finire del regno di Carlo X, la 'radicalizzazione' della lotta politica tra liberali e *ultras* fece dell'art. 14[22] il punto di rottura, toccando esso il problema del potere costituente (tanto originario che derivato). Il dibattito sull'art. 14 acquista un significato particolare nel momento in cui le possibilità di dialogo tra il monarca e la Camera dei deputati – nella forma del procedimento legislativo – si riducono drasticamente. Le elezioni del 1827 (17-24 novembre) ribadiscono la distanza tra la maggioranza parlamentare e il governo Villèle che si dimetterà di lì a poco. La successiva prova di forza, con la nascita del ministero *ultra* del principe di Polignac e l'ulteriore scioglimento della Camera (16 maggio 1830) ripropone, aggravandolo, lo stesso problema sino alla crisi finale innescata dalle ordinanze del 25 luglio. L'*Adresse* che 221 deputati rivolgono al re (18 marzo 1830) vede nella Carta un atto volto a consacrare «comme un droit, l'intervention du pays dans la délibération des intérêts publics». La logica è quella del governo rappresentativo nel quadro di una monarchia temperata dal «concours permanent des vues politiques de votre gouvernement avec les voeux de votre peuple ...»[23]. Tale concorso ha come presupposto un saggio equilibrio tra l'«opinion du pays» e il ministero. Carlo X, al contrario, si convince che l'art. 14 sia il «lit de justice» per superare l'opposizione della maggioranza parlamentare. Il monarca pensa di poter disporre del «diritto di ultima parola» come se dovesse fronteggiare uno stato di emergenza che non è altro, invece, che la rivendicazione della regola fondamentale del governo rappresentativo. Promulgando le ordinanze, Carlo X rifiuta di accettare tale logica perché

[22] «Le roi ... fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat».

[23] Per il testo dell'*Adresse* si veda l'appendice in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible*, cit., pp. 281-282. Sulla rivoluzione del luglio 1830 e sulle dinamiche politico-costituzionali del regime orleanista rinvio a L. LACCHÈ, *La Libertà che guida il popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio 1830 e le Chartes nel costituzionalismo francese*, Bologna 2002.

usa uno strumento 'legale' (l'art. 14) per ottenere un risultato incostituzionale, contrario sia alla lettera che allo spirito della *Charte*[24]. Non a caso nel *Rapport au Roi* del 25 luglio 1830 si dichiara il venir meno delle «conditions ordinaires du gouvernement représentatif». Il quadro fosco che traccia – tutto incentrato sull'uso eversivo della stampa – nega alla radice i caratteri essenziali di tale forma di governo[25].

L'argomento che acquista un peso schiacciante all'indomani delle ordinanze di Carlo X è che esse siano incostituzionali e tali quindi da violare il «patto che univa il popolo francese al suo re» (Bérard). «Le régime légal est donc interrompu: celui de la force est commencé»[26]. La Rivoluzione, si disse, era una risposta legittima a una «insurrection du pouvoir», insomma l'atto che ristabiliva l'ordine legale violato[27]. Il 1830

[24] Non è infatti immaginabile che si possa, con ordinanza, modificare parti fondamentali della *Charte*. «Quelque que soit notre respect pour la liberté des opinions, nous ne pouvons nous défendre de penser que ceux qui, par une fausse interprétation de l'art.14 de la Charte, soutiennent qu'une simple ordonnance royale rendue sur l'allégation de la sûreté de l'Etat, peut déroger à la Charte et aux lois, se rendent coupables du délit prévu par l'art.4 de la loi du 17 mai 1819, qui punit les *attaques formelles contre l'autorité constitutionnelle du Roi et des Chambres*» (A. MAHUL, *Tableau de la Constitution politique de la monarchie française selon la Charte, ou Résumé du droit public des Français, accompagné du texte des lois fondamentales et des documents authentiques*, Paris 1830, p. 239).

[25] «... Nul gouvernement sur la terre ne resterait debout, s'il n'avait le droit de pourvoir à sa sûreté. Ce pouvoir est préexistant aux lois, parce qu'il est dans la nature des choses. Ce sont là, Sire, des maximes qui ont pour elles et la sanction du temps et l'aveu de tous les publicistes de l'Europe. Mais ces maximes ont une autre sanction plus positive encore, celle de la Charte elle-même. L'article 14 a investi Votre Majesté d'un pouvoir suffisant, non sans doute pour changer nos institutions, mais pour les consolider et les rendre plus immuables. D'impérieuses nécessités ne permettent plus de différer l'exercice de ce pouvoir suprême. Le moment est venu de recourir à des mesures qui rentrent dans l'esprit de la Charte, mais qui sont en dehors de l'ordre légal, dont toutes les ressources ont été inutilement épuisées» (P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible*, cit., p. 290). Importanti, per la definizione del quadro concettuale, sono alcune *brochures* del giurista *ultra* Charles Cottu, pubblicate a partire dal 1828, tra cui *Des moyens de mettre la Charte en harmonie avec la royauté*, Paris 1828; *Du seul moyen de sortir de la crise actuelle*, Paris 1829; *Des devoirs du roi envers la royauté*, Paris 1830.

[26] *Protestation de MM. les Redacteurs des feuilles périodiques*, 27 juillet 1830, in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible*, cit., p. 298. Il 25 luglio Thiers aveva proclamato: «Les ministres ont violé la légalité, nous sommes dispensés d'obéir».

[27] A.M. DUPIN aîné, *Révolution de Juillet 1830. Caractère légal et politique du nouvel établissement fondé par la Charte constitutionnelle acceptée et jurée par Louis-Philippe 1er, roi des Français, en présence des deux Chambres le 9 août 1830*, Paris 1833, pp. 1 ss. «La révolution de 1830, on le sait, eut deux causes principales, l'une directe et immédiate,

è dunque una reazione per affermare la Carta come verità, respingendo il tentativo di far rivivere poteri pre-costituzionali e facendo trionfare quella «meta-Costituzione» o «Costituzione materiale» che aveva trovato nell'*Adresse* dei 221 la definitiva sanzione.

Vive la Charte! è il grido che accompagna le Gloriose giornate di Luglio e rafforza l'idea che la Rivoluzione sia stata fatta per affermare la Carta violata da Carlo X e dai suoi ministri. «La Charte désormais sera une verité» è la celebre formula che conclude il proclama del duca di Orléans (31 luglio) ed è immediatamente ripresa dai deputati (proclama del 31 luglio). Come nella *Glorious Revolution* occorre restaurare le antiche libertà violate intronizzando il principe che offra adeguate garanzie politiche e costituzionali e sia, soprattutto, dal punto di vista dinastico il più 'vicino' possibile al monarca che ha infranto il *trust*. È l'ideale di una rivoluzione popolare nei princìpi e nei risultati ma aristocratica nell'esecuzione, che dà vita a un «heureux melange de hiérarchie et d'harmonie dans l'ordre social»[28]. La Rivoluzione di Luglio ha avuto lo scopo di restaurare l'*esprit* liberale della Carta optando per il ramo cadetto della dinastia e cercando di limitare al massimo la 'frattura' con l'età della Restaurazione. Ma la fragile legittimità del nuovo regime costituzionale, consiglia, tra l'altro, di rinviare a un momento successivo la disciplina di alcune materie. Tutti i progetti[29] che nei primi giorni di agosto contribuiscono ad alimentare il dibattito sulla «revisione» della *Charte* sono infatti accomunati dalla previsione di un elenco di mate-

la violation du pacte constitutionnel par le prince et par les ministres qui avaient juré de le maintenir; l'autre, moins apparente, mais pour le moins aussi efficace, le souvenir de 1815 et l'impatience de la domination étrangère» (P. DUVERGIER DE HAURANNE, *De l'état actuel des partis en France et de la nécessité d'une transaction*, s.l., s.d., p. 153). «... on doit dire que la révolution française de 1830 a été parfaitement légitime, quoique non légale à son principe, parce qu'elle n'a été qu'une juste résistance à la violation de la Constitution jurée par le chef du gouvernement» (D. SERRIGNY, *Traité du droit public des Français, précédé d'une introduction sur les fondements des société politiques*, 2 voll., Paris 1846, I, p. 52). Carlo X – con il ministero Polignac – rigetta la logica del governo rappresentativo: «... le roi est-il indépendant ou non de la majorité des chambres? Peut-il choisir ses ministres hors de cette majorité?». Su tale problema, si veda A.-L. THIERS, *La monarchie de 1830*, Paris 1831, p. 10.

28 F. GUIZOT, *Pourquoi la Révolution d'Angleterre a-t-elle réussi? Discours sur l'histoire de la Révolution d'Angleterre*, Paris 1850, pp. 162-163.

29 I testi dei vari progetti (il cosiddetto Proclama dell'Hôtel de Ville, i testi elaborati da Bérard, il progetto di de Broglie e parzialmente di Guizot, quello di Rémusat) sono consultabili in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible*, cit., pp. 305 ss. Si veda inoltre D.H. PINKNEY, *La Révolution de 1830 en France*, Paris 1988 (ed. orig. 1972), pp. 222 ss.

rie da regolare quanto prima con leggi ordinarie organiche[30]. Si tratta di materie di primaria importanza perché capaci di qualificare e integrare in maniera decisiva il 'senso' politico-costituzionale della *Charte*. Mentre il testo del 1814 era tendenzialmente chiuso, questo del 1830 era necessariamente aperto rinviando a un futuro più o meno prossimo la soluzione di questioni rilevanti che erano già state oggetto di contesa nel corso della Restaurazione. Basti pensare all'applicazione della giuria ai delitti di stampa e ai reati politici, alla responsabilità dei ministri e dei funzionari, alle incompatibilità tra funzioni pubbliche e politiche, all'organizzazione elettiva delle guardie nazionali, al sistema elettorale per formare le istituzioni rappresentative dipartimentali e municipali, all'istruzione pubblica e alla libertà di insegnamento, alla legge elettorale politica con l'eliminazione del doppio voto. Alcune di tali questioni non ricevettero mai una disciplina legislativa (è per esempio il caso della responsabilità dei ministri e dei funzionari), altre furono invece interessate da molteplici interventi[31]. Sarebbe impossibile fare la storia costituzionale della Monarchia di Luglio senza tenere conto di questa vera e propria 'agenda' politica fissata dagli articoli 68 e 69[32]. Nel 1830 bisognava 'fare presto' e stabilire di conseguenza le modifiche assolutamente necessarie e 'condivisibili'. Ma l'esito complessivo della Carta dipendeva molto dal tipo di scelte che sarebbero poi state fatte attuando l'art. 69 e più in generale le numerose norme dal contenuto politico-programmatico. Per certi aspetti tale articolo lasciava aperta, come una ferita o come una promessa, la questione del potere costituente e delle determinazioni politiche della Costituzione. Qui, nell'interpretazione e nell'applicazione concreta, si sarebbero giocate le sorti del nuovo regime politico. I costituenti del 1830 non riuscirono tuttavia a imporre alle istituzioni una chiara direzione di marcia, preferendo rinviare alla prassi e al tessuto convenzionale e, in ultima istanza, alla lotta politica l'esito della vicenda costituzionale. L'art. 69 della Carta non fu pienamente valorizzato per

[30] «Dans la mémorable séance du 7, la Charte fut révisée, et purgée de toutes les expressions qui, sous le précédent gouvernement, avaient entrainé abus ou fait équivoque; on y ajouta des dispositions nouvelles; enfin elle fut complétée par l'insertion d'un article qui place les couleurs nationales dans la constitution, et par l'engagement pris de porter différentes *lois organiques* qui devaient en assurer la marche et le développement» (A.-M. DUPIN aîné, *Révolution de Juillet 1830*, cit., p. 25).

[31] L'elenco è in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible*, cit., pp. 119-121.

[32] «... L'art 23 della Carta sarà sottoposto a un nuovo esame nella sessione del 1831» (art. 68). La Costituzione del 1848, invece, rinvia genericamente alla «redazione delle leggi organiche la cui enumerazione sarà determinata da una legge speciale» (art. 115).

sviluppare ulteriormente le condizioni politiche del regime parlamentare (sistema elettorale, riforma parlamentare ecc.). L'*Ausbau der Verfassung* fu un dato particolarmente carente del regime orleanista.

3. *Sovranità della Costituzione, sovranità della forza*

È nel corso della monarchia censitaria che si rafforza progressivamente la dottrina della Costituzione come fonte di sovranità. Questa concezione, come è noto, è destinata – sotto il nome di «sovranità della Costituzione» – ad avere notevoli sviluppi nella storia costituzionale europea. Nel caso francese è interessante cogliere il nesso ambiguo tra idea di 'superiorità' della Costituzione e debolezza del principio di legittimità nell'ordine politico. Il 7 agosto 1830 il visconte di Chateaubriand, nel pronunciare, di fronte ai Pari, uno dei più grandi discorsi della storia parlamentare francese, censurò il cambiamento dinastico:

> «Vous choisissez un roi aujourd'hui: qui vous empêchera d'en choisir un autre demain? La loi, direz-vous. La loi? C'est vous qui la faites! Il est encore une manière plus simple de trancher la question, c'est de dire: Nous ne voulons plus de la branche aînée des Bourbons. Et pourquoi n'en voulez-vous pas? Parce que nous sommes victorieux; nous avons triomphé dans une cause juste et sainte; nous usons d'un double droit de conquête. Très bien: vous proclamez la souveraineté de la force. Alors gardez soigneusement cette force, car si dans quelques mois elle vous échappe, vous serez mal venus à vous plaindre. Telle est la nature humaine! Les esprits les plus éclairés et les plus justes ne s'élèvent pas toujours au-dessus d'un succès. Ils étaient les premiers, ces esprits, à invoquer le droit contre la violence; ils appuyaient ce droit de toute la supériorité de leur talent, et au moment même où la vérité de ce qu'ils disaient est démontrée par l'abus le plus abominable de la force, et par le renversement de cette force, les vainqueurs s'emparent de l'arme qu'ils ont brisée! Dangereux tronçons qui blesseront leur main sans les servir»[33].

Non erano stati i redattori dei giornali parigini a dire, il 27 luglio, che – dopo le ordinanze di Carlo X – l'ordine legale era venuto meno sostituito dal regno della forza? A sua volta Chateaubriand coglieva il punto debole del nuovo regime: «vous proclamez la souveraineté de la force» e così facendo costruite sulla sabbia. Sovranità della Costituzione, sovranità della forza: bisognava allontanare o almeno occultare la delicatissima questione della legittimità.

L'opera dei dottrinari, dei primi costituzionalisti, di una buona parte della cultura liberale non riuscì certo a salvare il regime orleanista, ma

[33] Discorso di Chateaubriand alla Camera dei Pari, sabato 7 agosto 1830, in «Le Moniteur Universel», 11 agosto 1830, p. 883.

contribuì in maniera significativa a dar forma a quell'idea di sovranità della Costituzione che rappresenta una tappa importante verso la definitiva delimitazione del concetto di sovranità nazionale. La *Charte* è l'alfa e l'omega, la risorsa strategica che si pensa di poter utilizzare per fronteggiare due minacce, lo spettro del potere costituente incarnato dalla sovranità del popolo e quello, ormai depotenziato, della sovranità assoluta del monarca. Era stato Royer-Collard dopo la Restaurazione a ribadire che la sovranità del popolo altro non era che la «souveraineté de la force». Nel 1820 François Guizot affermava l'equivalenza tra ogni forma di sovranità che si pretendesse assoluta, derivata dal popolo o dal diritto divino, e l'usurpazione della forza, per aggiungere poi che la sovranità popolare era una forma di tirannia, ovvero il potere assoluto della maggioranza numerica sulla minoranza[34]. «Je crois à la souveraineté de la raison, de la justice, du droit: c'est là le souverain légitime que cherche le monde et qu'il cherchera toujours; car la raison, la verité, la justice ne résident nulle part complètes et infaillibles»[35]. Il diritto e la legittimità si trovano dappertutto e in nessuna parte, perché solo così la società sarà stabile e il potere regolare. Si ritorna dunque alla prima riflessione costituzionale post-rivoluzionaria e da lì si crede di poter ripartire per 'addomesticare' la sovranità nella Costituzione. Si pensa, insomma, di aver trovato la soluzione per il 'paradosso di Clermont-Tonnerre' secondo il quale «... o si esercita la sovranità o si rispetta la Carta ...»[36].

Nei dottrinari – da Royer-Collard a Cousin sino a Guizot – la sovranità della ragione è il punto di convergenza della teoria della rappresentanza e della fondamentale distinzione tra origine ed esercizio della sovranità[37].

[34] F. GUIZOT, *Philosophie politique: de la souveraineté*, in F. GUIZOT, *Histoire de la civilisation en Europe depuis la chute de l'Empire romain jusqu'à la Révolution française*, a cura di P. ROSANVALLON, Paris 1985, pp. 309 ss. e p. 374.

[35] F. GUIZOT, *Du gouvernement de la France depuis la Restauration, et du ministère actuel*, Paris 1820, p. 201.

[36] P. COLOMBO, *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano 1993, pp. 373 ss.

[37] Su questo aspetto, oltre ai lavori di Rosanvallon già citati, si vedano dello stesso autore *Les Doctrinaires et la question du gouvernement représentatif*, cit., pp. 421 ss.; *Guizot et la question du suffrage universel au XIXème siècle*, in M. VALENSISE (ed), *François Guizot et la culture politique*, Paris 1991, pp. 129-145; *Le sacre du citoyen. Du suffrage universel en France*, Paris 1992; e inoltre A.-F. PERNY, *Le pouvoir constituant sous la monarchie de Juillet*, Paris 1901; M. BARBÈ, *Etude historique des idées sur la souveraineté en France de 1815 à 1848*, Paris 1904; J. BARTHÈLEMY, *La distinction des lois constitutionnelles*, cit.;

Il costituzionalismo del gruppo di Coppet[38] e l'idea di nazione elaborata dagli scrittori contro-rivoluzionari forniscono ai dottrinari gli 'ingredienti' essenziali per la loro teoria politica[39]. La sovranità della ragione, come è stato giustamente osservato, possiede la stessa natura e presuppone le stesse condizioni di esercizio della sovranità nazionale. In particolare, ciò che le accomuna è proprio la volontà di collocare la sovranità in una sorta di non-luogo, o quanto meno in «une région suffisament lointaine et éthérée pour que nulle autorité constituée ne puisse se dire elle-même souveraine»[40]. È tuttavia nel corso del regime orleanista che tale filosofia politica può ambire a diventare anche dottrina giuridica. Si prende in mano la *Charte* per trovare in essa uno strumento di legittimazione. Per Royer-Collard:

«Dès qu'il y a une souveraineté, il y a despotisme, dès qu'il y a despotisme, il y a sinon mort sociale, du moins désordre économique profond. Demander où est la souveraineté c'est être despotiste et déclarer qu'on l'est»[41].

Non è sovrano nessuno dei poteri istituiti dalla *Charte*; in tal senso non può esistere un sovrano, ovvero un potere investito di tutti i diritti e senza limiti, benché debba poi esistere una posizione prevalente che – nel caso della *Charte* del 1814 – appartiene al monarca. Il dibattito sul potere costituente durante la Monarchia di Luglio – se si esclude la lineare posizione repubblicana e, per diverse ragioni, quella legittimista – rivela lo scarto tra centralità politica e sociologica del sistema

Ch. POUTHAS, *Guizot pendant la Restauration, préparation de l'homme d'Etat*, Paris 1923, pp. 313 ss.; L. DIEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Madrid 1984[4], pp. 221 ss.; G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris 1985, pp. 120 ss.; L. JAUME, *Guizot et la philosophie de la représentation*, in «Droits», 15, 1992, pp. 141-152; dello stesso autore si veda anche *La raison politique chez Victor Cousin et Guizot*, in «La pensée politique», 2, 1994, pp. 242-253; e soprattutto *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris 1997.

[38] Sul punto rinvio a L. LACCHÈ, *Coppet et la percée de l'Etat libéral constitutionnel*, in L. JAUME (ed), *Coppet, creuset de l'esprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du Groupe de Madame de Staël*, Paris 2000, pp. 135-155.

[39] G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, cit., pp. 120 ss.

[40] *Ibidem*, p. 135. «De ces trois systèmes, il faut d'abord écarter le dernier, comme ne faisant que déplacer la question sans la résoudre. En effet, personne ne nie que les pouvoirs préposés à la tête d'une société politique ne doivent prendre pour guide dans leurs actes la raison et la justice» (D. SERRIGNY, *Traité de droit public des Français*, cit., I, p. 25).

[41] G. REMOND, *Royer-Collard. Son essai d'un système politique*, Paris 1933, p. 39.

censitario (anch'esso visto nella prospettiva meramente funzionale) e la teorizzazione a prevalente coloritura dottrinaria. La Carta del 1830 era nata da una rivoluzione e da una «réunion constituante»[42] e ciò poteva innescare un pericoloso corto circuito con il principio della sovranità del popolo. Nel novembre del 1830 Guizot aveva affermato, con indubbia chiarezza, che «Le principe qui a présidé à notre révolution ne doit pas présider à notre gouvernement». Questa scissione era la chiave di volta del sistema, basato essenzialmente sul concetto negativo di rappresentanza[43] e sull'elettorato come 'funzione'.

Non è certo un caso che sia lo stesso Guizot, nella veste di ministro della pubblica istruzione, a far istituire a Parigi, nel 1834, la prima cattedra di diritto costituzionale affidandola a Pellegrino Rossi, per affermare la piena legittimità del nuovo regime e rimettere in armonia la lunga durata della storia francese con le istituzioni politiche nate dalla *Charte*. La questione della quasi-legittimità del regime orleanista rendeva urgente una «soluzione» che rimettesse Luigi-Filippo – novello Guglielmo d'Orange – nel solco di una stessa linea, seppur di incerta continuità. La cattedra di diritto costituzionale nasceva così in un clima necessariamente militante. Nel *Rapport au Roi* di Guizot si legge:

«L'objet et la forme de l'enseignement du droit constitutionnel sont déterminés par son titre même; c'est l'exposition de la Charte et des garanties individuelles comme des institutions politiques qu'elle consacre. Ce n'est plus là, pour nous, un simple système philosophique livré aux disputes des hommes, c'est une loi écrite, reconnue, qui peut et doit être expliquée, commentée aussi bien que la loi civile ou toute autre partie de notre législation. Un tel enseignement, à la fois vaste et précis, fondé sur le droit public national et sur les leçons de l'histoire, susceptible de s'étendre par les comparaisons et les analogies étrangères, doit substituer aux erreurs de l'ignorance et à la témérité des notions superficielles des connaissances fortes et positives»[44].

[42] J. BARTHÈLEMY, *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de Juillet*, cit., pp. 25 ss.

[43] «La représentation n'existe nulle part dans notre Gouvernement. La Chambre, telle que la Charte l'a conçue, est un *pouvoir*, et non une représentation» (P. DE BARANTE, *La vie politique de Royer-Collard. Ses discours et ses écrits*, 2 voll., Paris 1878, I, p. 228; sul punto si veda il commento di de Barante, *ibidem*, p. 235).

[44] *Rapport au Roi sur la création d'une chaire de droit constitutionnel*, 22 août 1834. Esporre scientificamente la Carta, «comme M.Demante explique le Code civil ...» (*Journal des débats* del 30 novembre 1834), «neutralizzare» la «filosofia», l'«opinione politica» della *Charte*: è questo il paradosso a cui Rossi darà solo parzialmente seguito (cfr. *Mémoire pour MM.Bugnet, Demante, de Portets, du Caurroy et Duranton*, Paris 1834). Sulla cattedra di diritto costituzionale di Rossi, mi sia consentito rinviare a L. LACCHÈ, *Tra politica e diritto, ovvero Rossi e la Monarchia di Luglio*, in L. LACCHÈ (ed),

L'elaborazione del concetto di sovranità della Costituzione avrebbe dovuto trovare un supporto politico-filosofico nelle nozioni di ragione, di giustizia, di diritto. La Costituzione diventava essa stessa un parametro di ragione e ad essa si assegnava, sorta di 'luogo neutrale', l'attributo di entità sovrana per modo che né il principe né il popolo, né la monarchia né la democrazia potessero pretendere l'esercizio del minaccioso potere costituente[45]. Ne derivava un'idea di Costituzione autopoietica, sovrana in sé e per sé, come caduta dal cielo. Al *tertium non datur* si contrapponeva una teoria che mettesse il silenziatore sul fragoroso «principio che aveva presieduto alla Rivoluzione». Questa concezione, tuttavia, non è, come si potrebbe pensare, effimera e non dura il tempo della Monarchia di Luglio. Se è vero che le costituzioni successive (dal 1848 al 1875) hanno presupposto il potere costituente del popolo, l'*imprinting* non andrà perduto, e i giuristi e il personale politico orleanista non rinunceranno alla dottrina della sovranità nazionale, spesso riprendendo siffatti argomenti nel mutato contesto[46]. Per loro questa nozione equivarrà a un principio di delimitazione del potere e designerà l'idea della sovranità della Costituzione, ovvero della supremazia della norma costituzionale[47].

Se la Carta del 1830 era nata da un «contratto» fondatore della sovranità nazionale – secondo l'interpretazione affermatasi già nel testo – ne derivava che la sola autorità concepibile fosse quella composta dalla «souveraineté du roi et des deux chambres, faisant la loi, exprimant la volonté nationale»[48]. Durante il dibattito sul progetto di legge relativo alla reggenza, nel 1842, il duca de Broglie ricordava che «En appeler

Un liberale europeo: Pellegrino Rossi (1787-1848), Milano 2001, pp. 69-108, e, dello stesso autore, *La libertà che guida il popolo*, cit., pp. 164-173.

45 Si vedano al riguardo le osservazioni di C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, trad. it. *Dottrina della costituzione*, Milano 1984, pp. 21, 80-83, 270. Cfr. inoltre P. BASTID, *Les institutions politiques*, cit., p. 164; L. JAUME, *Il potere costituente in Francia dal 1789 a De Gaulle*, in P. POMBENI (ed), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna 1992, pp. 33-51 e M. FIORAVANTI, *Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano*, *ibidem*, in particolare pp. 55-77.

46 G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, cit., pp. 147 ss.

47 Sulle contraddizioni inerenti a questo duplice uso, si veda O. BEAUD, *La souveraineté dans la «Contribution à la théorie générale de l'Etat» de Carré de Malberg*, in «Revue du droit public», 5, 1994, pp. 1291 ss.

48 Chambre des Pairs, A. THIERS, *Séance du 16 mai 1840*, in «Le Moniteur Universel», 17 maggio 1840, p. 1081.

de la souveraineté fondée et réglée par la Charte à quelque autre souveraineté, c'est en appeler au nombre, à la force brutale; c'est prétendre organiser le désordre même et réaliser le néant»[49]. E qualche giorno prima era stato il sarcastico Guizot, allora ministro degli esteri, a dover respingere la teoria dei due poteri, «l'un ordinaire, l'autre extraordinaire; l'un constitutionnel, l'autre constituant; l'un pour les jours ouvrables (permettez-moi cette expression), l'autre pour les jours fériés: on dit une chose inouïe, pleine de dangers et fatale ...». Le rivoluzioni, insomma, non si organizzano: «Soyez tranquilles, messieurs: nous, les trois pouvoirs constitutionnels, nous sommes les seuls organes légitimes et réguliers de la souveraineté nationale. Hors de nous, il n'y a, je le répète, qu'usurpation ou révolution»[50].

L''assorbimento' della sovranità del popolo nella Costituzione sanciva il fatto che la Carta fosse la sola depositaria e per essa, secondo la declinazione inglese – sovente richiamata – i poteri (il re in Parlamento) costituiti[51]. I giuristi cercarono di fare la loro parte. Anche chi, come Serrigny, criticava il concetto di sovranità della ragione, procedeva poi lungo il sentiero della neutralizzazione del potere costituente visto come forma anomala, latente[52], o – per dirla con Laferrière – passeg-

[49] Chambre des Pairs, *Séance du 27 août 1842*, in «Le Moniteur Universel», 28 agosto 1842, p. 1866. Nel passo che precede la citazione si afferma: «... la transaction de 1830 a consommé le partage des pouvoirs publics; le contrat de 1830 a constitué la souveraineté nationale. Si ce grand acte n'est pas absolu, définitif; si par-delà la Charte il existe autre chose que des individus qu'elle protège, des volontés qui lui sont soumises; si notre puissance a d'autres limites que la raison, la justice et la sagesse, la Charte n'est qu'un mensonge, le roi ne règne pas, les Chambres, les corps élus, le corps électoral, tout cela est précaire et provisoire ...».

[50] Chambre des Pairs, *Séance du 19 août 1842*, in «Le Moniteur Universel», 20 agosto 1842, p. 1811.

[51] «... Maintenant, quelle est la présomption ordinaire dans un gouvernement, dans une constitution où le pouvoir constituant et le pouvoir constitué n'ont pas été distingués? La présomption, la voici d'après ce qui s'est passé en Angleterre et chez nous. Quand la constitution n'a pas distingué un pouvoir constituant et un pouvoir consitué, et qu'il s'agit d'un acte important, quel que soit le caractère, on s'adresse à qui? Aux trois pouvoirs auxquels la constitution a déféré la souveraineté, a déféré les actes les plus importants» (Chambre des députés, *Séance du 20 août 1842*, in «Le Moniteur Universel», 21 agosto 1842, p. 1829).

[52] «D'une part, la constitution donnerait le commandement en dernier ressort et le droit de représenter la société politique au pouvoir établi; d'autre part, les volontés individuelles qui ont concouru à le former, voudraient continuer l'exercice anormal d'un droit qu'elles ont abdiqué dans l'intérêt de la communauté. N'est-il pas clair que cette

gera[53] di esercizio della sovranità. Nell'ordine politico non esiste «d'autre supérieur que la loi constitutionnelle et les pouvoirs déterminés par la Constitution»[54].

Quando Tocqueville – nella prima parte de *La democrazia in America* – osserva con tono perentorio che «in Francia, la Costituzione è un'opera immutabile o considerata tale. Nessun potere la potrebbe cambiare: questa è la teoria riconosciuta»[55], il nobile normanno delinea la dottrina della sovranità della Costituzione, ma tende ad enfatizzare il carattere formale della Carta insistendo sugli effetti derivanti dalla sua eventuale 'modificazione'[56]. Nel corso della Monarchia di Luglio si afferma come assolutamente prevalente la distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie[57]. Non è un caso che il dibattito sul potere costituente si infiammi soprattutto nei due momenti (Legge sulla paria nel 1831 e Legge sulla reggenza nel 1842) durante i quali si ebbe il timore di veder riemergere quel potere 'latente' che si riteneva neutralizzato dalla sua avvenuta incorporazione nel soggetto titolare del potere legislativo. Se la categoria della sovranità della Costituzione serviva dunque ad allontanare questo spettro, la strada dell'onnipotenza parlamentare non la si voleva però percorrere se non per necessità, limitandosi quindi al giorno

souveraineté latente réservée serait en opposition avec l'établissement de la constitution? On voit par-là comment le pouvoir constituant meurt à l'instant où naît la constitution, pour revivre au décès de celle-ci» (D. SERRIGNY, *Traité de droit public*, cit., I, p. 37). Charles Hello parimenti osserva: «Havvi oggidì fra noi una unanime riprovazione di questi poteri organizzati ed insieme organizzatori, poteri stanti sempre, poteri inutili se sono inerti, formidabili se sono attivi, e la cui mano piena di tempeste è continuo aperta sovra i poteri costituiti» (Ch. HELLO, *Del regime costituzionale nelle sue relazioni con lo stato attuale della scienza sociale e politica*, Firenze 1850, II, pp. 20-21).

53 F. LAFERRIERE, *Cours de droit public et administratif*, Paris 1841-1846², p. 5.

54 *Ibidem*.

55 A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano 1992, lib. I, cap. VI, p. 103.

56 *Ibidem*, Nota al lib. I, pp. 180-181: «Le leggi del 1830, come quelle del 1814, non indicano alcun mezzo per cambiare la Costituzione; ora è evidente che i mezzi ordinari della legislazione non potrebbero essere sufficienti. Da chi il re riceve il potere? Dalla Costituzione. Da chi i pari? Dalla Costituzione. Da chi i deputati? Dalla Costituzione. In che modo dunque il re, i pari e i deputati riuniti potrebbero modificare una legge in virtù della quale soltanto essi governano? Fuori della Costituzione essi non sono nulla ... Distruggendo la carta distruggono se stessi ... Così dunque una parte della nostra Costituzione è immutabile perché congiunta al destino di una famiglia e il suo complesso è ugualmente immutabile perché non vi sono mezzi legali per cambiarla».

57 J. BARTHÈLEMY, *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de Juillet*, cit.

per giorno, eludendo per quanto possibile – come hanno scritto Joseph Barthélemy e Paul Bastid[58] – le grandi questioni e non perseguendo alcun sistema. La distinzione tra i due tipi di legge è alla fine l'unica 'teoria' che – in assenza di una procedura speciale di revisione – non leghi le mani (come nell'evenienza drammatica del 1842) al Parlamento con i lacci dell'immutabilità assoluta ricordata da Tocqueville e lasci invece aperta la via della riforma attraverso la, pur cautissima, produzione di leggi 'costituzionali' o l'instaurazione di pratiche consuetudinarie. Si potrebbe forse affermare che nuclei distinti di rigidità e di flessibilità convivono e si combinano all'interno di una strategia più articolata di quanto non si usi dire. Ciò in fondo conferma come sia difficile applicare *tout court* siffatte categorie alle Carte francesi (e più in generale alla maggior parte dei documenti costituzionali del XIX secolo). Non sempre giova alla comprensione storico-costituzionale – una volta accertata l'esistenza di un concetto normativo di Costituzione – il voler definire fenomeni dalla complessa natura[59]. È evidente che la sovranità nazionale 'ritagliata' nella Carta non risolveva né il problema della forma della monarchia costituzionale né quello del regime politico[60]. Dalla «éclatante primauté» del monarca secondo la dizione di Royer-Collard[61] alla Camera elettiva come «pouvoir prépondérant» secondo quella di Duvergier de Hauranne[62] si resta, pur da punti opposti, dentro uno stesso cerchio nel quale perseguire la difficile logica del bilanciamento e dell'equilibrio, la collaborazione/unione dei poteri lungo l'asse monarca-Parlamento. La sovranità della Costituzione era in fondo la formula per sancire l'ideale di uno Stato – quello che più tardi si definirà «liberale di diritto» – in grado di poter separare, nel nome della rappresentanza, valori 'universali' (taluni diritti civili) e 'privilegi' moderni (i diritti politici sul tronco censitario e capacitario) afferenti al concetto di 'interesse'. In Francia il regime orleanista era destinato a cadere per mano della forza. E tuttavia tale concezione della sovranità – o se si vuole non-sovranità, almeno

[58] *Ibidem*, pp. 45-47; P. BASTID, *Les institutions politiques*, cit., p. 164.

[59] Per la discussione del problema si veda A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova 1996², pp. 33 ss.; J. VARELA SUANZES, *Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 5, 1994, pp. 3313-3338.

[60] Per la discussione del problema rinvio a L. LACCHÈ, *Constitución, Monarquía, Parlamento: Francia y Bélgica ante los problemas y «modelos» del constitucionalismo europeo (1814-1848)*, cit.

[61] P. DE BARANTE, *La vie politique de Royer-Collard*, cit., II, pp. 216-217.

[62] P. DUVERGIER DE HAURANNE, *De la réforme parlementaire et de la réforme électorale*, Paris 1847², p. 249.

per quanto riguarda la dimensione del dualismo 'dilatorio'[63] – se in Francia portava la monarchia costituzionale a fallire il suo più realistico 'appuntamento' moderno con la Costituzione, assegnava a questa un valore che mai aveva potuto possedere sino ad allora e che era destinato a sopravviverle. Paradossalmente, i dottrinari e i 'politici costituzionali' separando la Costituzione dalla sovranità politica – senza poter prevedere, per eterogenesi dei fini, i possibili futuri sviluppi – si ritrovarono per le mani una cosa più grande di loro[64].

4. *La Carta sarà una verità?*

Se alla Costituzione si riconosce, per le ragioni dette, un valore di 'superiorità politica', si può parimenti riconoscerle una qualche forma di 'superiorità giuridica'? Per cercare di rispondere a questo interrogativo bisogna affrontare il tema della garanzia della Costituzione. La strada da imboccare sembra obbligata. Il problema è esposto con concisa chiarezza da Tocqueville: se i giudici potessero 'sanzionare' le leggi incostituzionali il potere costituente sarebbe allora nelle loro mani.

«So bene – aggiunge – che rifiutando ai giudici il diritto di dichiarare incostituzionali le leggi, noi diamo indirettamente al corpo legislativo il potere di cambiare la costituzione, poiché esso non trova nessuna barriera legale che lo fermi. Ma val meglio ancora, accordare il potere di cambiare la costituzione del popolo a uomini che rappresentano, sia pure imperfettamente, la volontà popolare, che non ad altri che rappresentano solo se stessi»[65].

[63] Sul punto si veda C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 55 ss., 80, 402 ss. Per la ridefinizione del problema, si veda soprattuto M. FIORAVANTI, *Potere costituente e diritto pubblico*, cit.; dello stesso stesso autore si veda anche *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in R. ROMANELLI (ed), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma 1995, pp. 408 ss.; G. ZAGREBELSKI, *Storia e costituzione*, in G. ZAGREBELSKI - P.P. PORTINARO - J. LUTHER (edd), *Il futuro della costituzione*, Torino 1996, pp. 65 ss.

[64] Questo aspetto meriterebbe un approfondimento su scala europea, ovvero su come le ragioni di una difesa «contingente», di segno orleanista e di prevalente elaborazione dottrinaria, abbiano influenzato, in una misura in parte ancora da verificare, i costrutti teorici e le immagini dello Stato liberale di diritto tra Otto e Novecento elaborati da tanta parte della scienza giuridica. Per il caso francese e la configurazione dell'*Etat légal* durante la Terza Repubblica è ora fondamentale M.-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Paris 1992. Si veda inoltre J.-P. MACHELON, *La République contre les libertés? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, prefazione di J. RIVERO, Paris 1976.

[65] A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 103. Sul potere giudiziario come «potere politico» si rinvia a L. LACCHÈ, *Il potere giudiziario come «potere politico»*

Da una parte dunque il potere di «disobbedire alle leggi» attribuito al corpo giudiziario, dall'altra l'«onnipotenza parlamentare», con la conseguente necessità di trovare 'limiti'[66] all'interno dell'organizzazione costituzionale. Sono ben note e continuamente ribadite le ragioni che impedirono la formazione di un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, tanto più nel clima ostile della Francia post-rivoluzionaria[67]. Ragioni complesse, storiche, ideologiche e pratiche[68] hanno allontanato per lungo tempo dagli orizzonti francesi l'affermazione di un sindacato di costituzionalità delle leggi. Quale organo politico poteva essere 'superiore' al legislativo? D'altra parte come assegnare ai giudici – che scontavano la pesante diffidenza post-rivoluzionaria – il più incisivo e delicato dei poteri? Inoltre, perché sottoporre a controllo la legge «espressione della volontà generale» se il suo autore «ne peut mal faire»?

Senza voler ritornare in questa sede sulla fondatezza di siffatto profilo, è mia intenzione da un lato sottolineare il fatto che proprio tra gli anni Venti e la fine della Monarchia di Luglio si possono rintracciare spunti argomentativi in alcune tipologie di decisione giudiziaria non privi di interesse per il nostro discorso e, soprattutto, mostrare come il «modulo giurisdizionale» di controllo non potendosi affermare come 'sistema esterno'[69] resti però al centro delle ipotesi di costruzione dottrinale e storico-concreta di 'garanzia politica interna'. Ricerche recenti[70]

in Attilio Brunialti, in «Storia Amministrazione Costituzione», 7, 1999, pp. 36 ss. È inoltre da sottolineare come Tocqueville ricorra all'argomento della carenza di 'legittimità' democratica dei giudici, argomento principe nel corso del Novecento per respingere il principio della giustizia costituzionale. Cfr. P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris 1998, p. 154. Si veda inoltre A. LAQUIEZE, *Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux Etats- Unis vu par les penseurs litéraux française du XIXème siècle*, in «Giornale di storia costituzionale», 4, 2002, pp. 155-171.

66 Cfr. Ch. HELLO, *Del regime costituzionale*, cit., p. 32.

67 Per talune esemplificazioni, si veda A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Paris 1928, pp. 168 ss.; J. LYON, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en France*, in «Informations Constitutionnelles et Parlementaires», 105, 1976, pp. 30 ss.; J.-L. HALPERIN, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, tesi di laurea, Paris 2 1985, II, p. 615.

68 Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1978[7].

69 Cfr. L. JAUME, *Benjamin Constant au centre de nos préoccupations*, in «Annales Benjamin Constant», 23-24, 2000 (*Benjamin Constant en l'an 2000: nouveaux regards*), p. 29.

70 Seguo qui le conclusioni a cui giungono Ch. DURAND, *Les décrets-loi napoléoniens devant la jurisprudence de la Restauration*, in *Etudes offertes à Jean Macqueron*, Aix-

mostrano come l'ambizione e l'efficacia dell'azione giudiziaria di 'controllo' non vadano sottovalutati. È da osservare come la possibilità di eccepire l'incostituzionalità dinanzi ai tribunali dipenda molto, durante il XIX secolo, dalla natura dei regimi politici che si succedono. Se tale possibilità trova alimento nel clima politico della Restaurazione e della Monarchia di Luglio, la nascita della Repubblica e soprattutto il ritorno all'Impero con l'istituzione del Senato dotato del potere di opporsi alla promulgazione delle leggi contrarie alla Costituzione del 14 gennaio 1852 (artt. 25, 26, 29)[71] ridimensiona in modo decisivo l'ambizione dell'autorità giudiziaria[72].

I giudici assumono il quadro costituzionale della Restaurazione per interessarsi anzitutto dei decreti imperiali, della ingente massa di regolamenti d'amministrazione[73] e poi delle stesse ordinanze regie. In base alla Carta del 1814 tali ordinanze non possono più sostituirsi – come era avvenuto con i decreti imperiali – alla legge formale, e in mancanza di una previsione costituzionale i giudici cominciano a porre il problema dell'incostituzionalità di singole disposizioni regolamentari. Nel 1818 Jean-Baptiste Sirey[74] evoca la necessità di un controllo da parte della Cassazione per verificare se le ordinanze siano 'costituzionali', cioè con-

en-Provence 1970, pp. 269-277 e soprattutto i lavori di J.-L. MESTRE, *Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire*, in «Revue française de droit constitutionnel», 15, 1993, pp. 451-461; dello stesso autore si vedano inoltre *La Cour de Cassation et le contrôle de constitutionnalité. Données historiques*, in *La Cour de Cassation et la Constitution de la République*, Actes du Colloque des 9 et 10 décembre 1994, Aix-en-Provence 1995, pp. 35-67; *L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851*, in F. BURDEAU (ed), *Administration et droit*, Paris 1996, pp. 123-133 e di G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, Paris 1999.

[71] Sui Senati imperiali si veda *infra*, § 5.

[72] G. BIGOT, *L'autorité judiciaire*, cit., pp. 222-223.

[73] Non bisogna dimenticare che la mancanza di un controllo sulla conformità degli atti regolamentari alla legge sia per inerzia del Senato conservatore che – dal 1807 – per la soppressione del Tribunato, consente all'esecutivo di emanare disposizioni derogatorie, specialmente in materia penale e correzionale, aventi forza di legge. Sul potere regolamentare si veda M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, Paris 1991; e la recente analisi di lungo periodo di J.-L. MESTRE, *De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution*, in «Revue française de droit administratif», 2, 2001, pp. 301-318. In ordine al profilo specifico si veda Ch. DURAND, *Les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental*, in Ch. DURAND - A. LANZA, *Etudes sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernamental au XIXe siècle*, Aix-en-Provence 1976.

[74] G. BIGOT, *L'autorité judiciaire*, cit., pp. 179-181.

formi alle disposizioni della *Charte* (in particolare agli articoli 14 e 15). Sirey, che distingue molto nettamente la legge dal regolamento e afferma di non voler certo restaurare il potere di registrazione dei Parlamenti di antico regime[75], denuncia i pericoli di arbitrarietà insiti in un regime costituzionale che non preveda un apposito organo di controllo, distinto dallo stesso Parlamento[76]. È a partire dal 1827 – nella fase più critica del rapporto tra governo del re e maggioranza liberale in Parlamento – che l'auspicio di Sirey acquista maggiore concretezza attraverso i ripetuti interventi di corti inferiori e talune pronunce della Cassazione[77]. Le famigerate ordinanze del 25 luglio 1830 segnano l'acme del conflitto. La prova di forza e la successiva sconfitta di Carlo X rivelano l'esistenza di una parte dell'autorità giudiziaria tutt'altro che acquiescente e nella dinamica della Rivoluzione non bisogna sottovalutare la funzione legittimante dei giudici[78]. Ciò appare evidente nel caso del tribunale di commercio di Parigi[79] che, chiamato a pronunciarsi su una inadempienza contrattuale provocata dall'ordinanza che vietava ai giornali di pubblicare i fogli senza preventiva autorizzazione, dichiara il provvedimento contrario alla Carta e non efficace rispetto alle parti in causa, essendo l'ordinanza non obbligatoria «... pour les citoyens, aux droits desquels elle porte atteinte»[80].

Non stupirà il fatto che durante la Monarchia di Luglio – sia per le benemerenze conquistate sul campo da una parte della magistratura[81]

[75] Il reiterato riferimento alla posizione costituzionale dei Parlamenti e alle molteplici funzioni svolte in antico regime è senza dubbio indizio di un discorso non meramente esornativo.

[76] «Il codice civile e le leggi attualmente esistenti che non sono contrarie alla presente Carta, restano in vigore sino a che vi si sia legalmente derogato» (art. 68, *Charte* del 1814).

[77] Per una dettagliata analisi rinvio ai lavori citati *supra*, nota 70.

[78] Cfr. J.-L. BORY, *La Révolution de Juillet. 29 Juillet 1830*, Paris 1972, p. 464.

[79] Dupin aîné pubblica, non a caso, l'intera sentenza del Tribunale di commercio: A.M. DUPIN aîné, *Révolution de Juillet 1830*, cit., pp. 82 ss.

[80] Tribunal de commerce, *La Pelouze e Chatelain c. Gaultier-Laguione*, 28 luglio 1830, in *Recueil Sirey*, 1830, II parte, p. 223. Cfr. J.-L. BORY, *La Révolution de Juillet*, cit., pp. 285-286.

[81] Non bisogna tuttavia dimenticare che questo è soltanto un aspetto di una vicenda più complessa. Il nuovo regime orleanista, infatti, non esiterà – seguendo una pratica politica già sperimentata dai regimi precedenti – a realizzare una pesante epurazione nei ranghi della magistratura. Cfr. D.H. PINKNEY, *La Révolution de 1830 en France*, cit., pp.

sul finire del regno di Carlo X, sia per la più puntuale disciplina costituzionale[82] – l'autorità giudiziaria prosegua nell'azione di controllo della costituzionalità delle ordinanze regie privando di forza obbligatoria quelle giudicate contrarie alle norme e ai principi costituzionali. Se il potere regio non incontrasse limiti, se le ordinanze potessero prendere il posto delle leggi – si legge nel 1833 in una pronuncia della Cassazione – il governo rappresentativo istituito dalla Carta «loin d'être une vérité, ne serait qu'un mensonge»[83]. La Carta sarà ormai una verità? – si chiedevano in fondo le corti giudiziarie richieste di intervenire.

Nel 1832, il celebre caso Geoffroy[84] conferma il delicato problema della distinzione tra sindacato formale e controllo di merito. L'ordinanza regia (6 giugno 1832) che ordina lo stato d'assedio di Parigi rende applicabile l'art. 103 del decreto imperiale del 24 dicembre 1811 con la conseguenza di assog-gettare i civili ai consigli di guerra. Il cittadino Geoffroy ne subisce i rigori e il 18 giugno 1832 viene condannato a morte. Il suo avvocato, Odilon Barrot, importante uomo politico e poi *leader* della Sinistra dinastica, ricorre in Cassazione sostenendo l'incostituzionalità dell'ordinanza per violazione del principio del giudice naturale (artt. 53 e 54 della Carta). La Corte suprema, pur confermando la validità delle leggi e dei decreti relativi allo stato d'assedio, pronuncia però l'incostituzionalità dell'art. 103, restituendo il signor Geoffroy al suo giudice naturale. Il sottile, delicato confine tra decisione politica e soluzione giudiziaria accredita in questo caso l''ambizione' della magistratura a operare un controllo di costituzionalità basato sul testo della Carta. Odilon Barrot ebbe modo di ricordare che nella vigenza di una norma come quella denunciata

328 e 341; P.M. PILBEAM, *The 1830 Revolution in France*, London 1991, p. 136. Sulle cifre e sui caratteri generali si veda per tutti J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Paris 1996, pp. 479 ss.

[82] In particolare attraverso l'art. 13 («Il Re ... fa i regolamenti e le ordinanze necessarie per l'esecuzione delle leggi senza poter mai né sospendere le leggi stesse, né dispensare dalla loro esecuzione ...») e l'articolo 70 («Tutte le leggi e le ordinanze, in ciò che esse hanno di contrario alle disposizioni adottate per la riforma della Carta, sono fin d'ora e restano annullate»).

[83] Si veda G. BIGOT, *L'autorité judiciaire*, cit., pp. 208-209.

[84] Cfr. J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino 1990, pp. 128-131; J.-L. MESTRE, *La Cour de Cassation*, cit., pp. 42-43; G. BIGOT, *L'autorité judiciaire*, cit., pp. 214-216; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'ancien régime alla Restaurazione*, Roma 1999, pp. 211 ss.

«la constitution ne sera qu'une chimère. Une constitution qui ne sera que facultative ... ce ne sera pas une constitution: car une constitution ne vaut quelque chose que si elle est une vérité positive et pratique ...»[85].

L'avvocato Sirey non a caso assegna alla decisione della Corte un posto importante tra i 'monumenti' del diritto pubblico. Dopo aver richiamato *en passant* le coraggiose 'rimostranze' degli antichi Parlamenti, la sentenza – scrive – rimarrà un precedente solenne, «servant à prouver que notre constitution nouvelle n'est pas dépourvue de toute sanction, que les droits et garanties qu'elle stipule en faveur des citoyens ne sont pas à la direction du pouvoir, et n'ont pas été vainement placés sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire»[86].

L'azione incisiva delle corti si spingerebbe (ma è prospettiva da approfondire) sino alla formazione, benché empirica e non sistematica, di una sorta di quasi-controllo di costituzionalità delle leggi, soprattutto riguardo ad alcuni aspetti della disciplina legislativa dell'espropriazione per pubblica utilità o agli articoli del Codice penale (291-294) che, stabilendo la sorveglianza del governo sulle associazioni religiose, vengono censurati perché contrari al dettato dell'art. 5 della *Charte*[87]. La dialettica che si instaura tra le corti e la Cassazione, con le prime intenzionate a riaffermare la «verità» della Carta anche con riferimento alle leggi e la Cassazione molto più riservata e attenta nel depotenziare l'ambizione delle corti inferiori, accompagna il duplice atteggiamento, di favore e di contrasto allo stesso tempo, che si ritrova anche in ambito dottrinale[88]. Se c'è più ampio consenso nell'ammettere l'eccezione di costituzionalità rispetto ai decreti imperiali e alle ordinanze, è ovviamente lo scoglio

[85] «... la cour rendra un service, et le plus grand de tous; elle ramenera le Gouvernement à la loi, elle fera échouer, par une résistence patriotique et généreuse, toute atteinte à la constitution du pays ... Voilà, Messieurs, ce qui est profondement triste. Si vous ne pouvez faire justice, s'il est vrai qu'il n'y a aucun moyen légal de protéger un citoyen condamné à mort par un tribunal que la constitution défendait d'établir, il faudra se voiler la tête et désespérer à jamais de la légalité dans notre pays» (Cour de Cassation, Geoffroy, 29 giugno 1832, in *Recueil Sirey*, parte I, pp. 401 ss.).

[86] *Ibidem*, p. 401.

[87] «Ognuno professa la propria religione con una libertà eguale ed ottiene per il proprio culto la stessa protezione».

[88] Rinvio a G. BIGOT, *L'autorité judiciaire*, cit., pp. 217 ss. e soprattutto a J.-L. MESTRE, *La Cour de Cassation*, cit., pp. 47 ss., con ampi riferimenti in ordine alle diverse posizioni dottrinali. Si veda inoltre P. LAROQUE, *Les juges français et le contrôle de la loi*, in «Revue du droit public», 33, 1926, p. 728.

del sindacato della legge a dividere i giuristi. La ricordata posizione di Tocqueville – come pure quella di Charles Hello o di Armand Dalloz o di altri giuristi – rivela un sottofondo argomentativo destinato a lasciare una traccia profonda; parimenti, anche l'atteggiamento di un Berriat-Saint-Prix, secondo cui «toute loi inconciliable avec le texte de la charte est inconstitutionnelle» e che si rifà al modello americano per affermare che «les juges, lorsqu'ils auront à opter entre le texte de la loi et celui de la Constitution, devront faire du dernier la base de leur jugement», non nasconde però un 'doppio scoglio', ovvero il timore che i giudici non usurpino il potere legislativo rifiutandosi di applicare leggi regolari o viceversa non si tirino indietro dinanzi alla necessità di dichiarare incostituzionale una legge[89].

La natura del regime politico, il sostegno dell'opinione pubblica liberale, l''ambizione' e l'autostima delle corti inferiori aiutano a comprendere come il periodo compreso tra il 1814 e il 1848 sia il più favorevole a un possibile sviluppo di un empirico quasi-controllo di costituzionalità. L'antefatto napoleonico, il passaggio repubblicano e la nascita del Secondo Impero in effetti confermano *a contrario* come senza certe condizioni e premesse – pur restando invariato il quadro normativo post-rivoluzionario – sia impossibile immaginare una soluzione alternativa.

5. *La garanzia 'politico-giurisdizionale' della Costituzione*

Se il Senato dell'anno VIII risponde anche a una logica di «desacralizzazione della legge»[90], non è da escludere che la reintroduzione del Senato nel 1852 con poteri addirittura accresciuti rispetto al suo antenato si debba anche al disegno di riportare all'interno di un organo politico il meccanismo di controllo delle leggi togliendo ogni tentazione a quei giudici che avevano maturato nei decenni precedenti una 'cultura' della

[89] F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris 1836, pp. 119 ss. «Ce sont – scrive Barthélemy all'inizio del Novecento – les objections que l'on adresse encore à l'introduction en France du système de l'inconstitutionnalité des lois» (*La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de Juillet*, cit., p. 21).

[90] M. MORABITO - D. BOURMAUD, *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Paris 1998^5, p. 145. Sulle origini del Senato conservatore si veda la recente sintesi di L. SCUCCIMARRA, *El sistema de excepción. La construcción constitucional del modelo bonapartista (1799-1804)*, in «Fundamentos», 2, 2000, pp. 295 ss.

costituzionalità[91]. Il Senato del Secondo Impero – «potere ponderatore», «custode del patto fondamentale e delle libertà pubbliche» – è investito formalmente di poteri esorbitanti: esercita il potere costituente[92], mantiene o annulla tutti gli atti che gli sono deferiti come incostituzionali dal Governo o per via di petizione dai cittadini (art. 29), può opporsi alla promulgazione delle leggi[93], provvede, in caso di scioglimento del Corpo legislativo, con misure di urgenza a tutto ciò che è necessario per il funzionamento del Governo (art. 33). Se i giuristi e i politici della monarchia costituzionale censurarono l'assoluta inefficacia del meccanismo di controllo di quel primo Senato imperiale[94], allo stesso modo

[91] Jean-Louis Mestre riporta le posizioni di giuristi come Dalloz, Serrigny, Dufour, Foucart che, pur con varie sfumature, insistono, durante il Secondo Impero, sul ruolo dei giudici in materia di costituzionalità degli atti regolamentari. Così facendo – anche se durante il regime napoleonico non sarà possibile trovare una decisione giudiziaria di controllo – si vuole velatamente riconfermare ai giudici uno spazio che il regime, con la reintroduzione del Senato, ha inteso ridurre al minimo. Cfr. J.-L. MESTRE, *Les juridictions judiciaires*, cit., pp. 459-461, e, dello stesso autore *La Cour de Cassation*, cit., pp. 60-62.

[92] Il Senato regola con Senato-consulto – sanzionato e promulgato dall'Imperatore – la Costituzione delle colonie e dell'Algeria, tutto ciò che non è stato previsto dalla Costituzione e che è necessario al suo funzionamento, interpreta il significato degli articoli della Costituzione che danno luogo a discordanti interpretazioni (artt. 27 e 28, Cost.12 gennaio 1852), può inoltre proporre modifiche alla Costituzione (art. 31). Ogni modifica alle basi fondamentali dovrà essere sottoposta al suffragio universale (art. 32).

[93] «Il Senato si oppone alla promulgazione: 1) delle leggi che fossero contrarie o attentassero alla Costituzione, alla religione, alla morale, alla libertà dei culti, alla libertà individuale, all'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, all'inviolabilità della proprietà e al principio dell'inamovibilità della magistratura; 2) di quelle che potessero compromettere la difesa del territorio» (art. 26). Per l'analisi delle attribuzioni del Senato si veda la critica coeva di F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Théorie du droit constitutionnel français. Esprit des constitutions de 1848 et de 1852 et des sénatus-consultes organiques* ..., Paris 1851-1853.

[94] Basti pensare alla severa autocritica dell'estensore del testo dell'anno VIII, Daunou, resa pubblica durante la Restaurazione: P. DAUNOU, *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, Paris 1819, pp. 215-217. Daunou aveva suggerito nell'art. 24 del suo progetto di Costituzione dell'anno III di affidare la conservazione delle istituzioni a un *jury constitutionnaire*. Sui progetti inediti di Daunou si veda A. DAUTERIBES, *Daunou et le modèle du régime représentatif*, in G. CONAC - J.-P. MACHELON (edd), *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris 1999, pp. 115 e 131. Tuttavia, come è stato fatto notare di recente, «l'objectif poursuivi par Danou n'était plus le même: en 1798, il mettait l'accent sur l'équilibre politique; en 1818, seule l'intéresse la défense des libertés individuelles, menacées par les gouvernements de la Restauration» (J.-P. CLEMENT, *Aux sources du libéralisme français: Boissy d'Anglas, Daunou, Lanjuinais*, Paris 2000, p. 68).

l'esperienza negativa del Secondo Impero fece allontanare durante la Terza Repubblica ogni possibilità di affidare il controllo costituzionale delle leggi a un organo politico. Una delle più importanti figure del regime, quel Baroche a lungo presidente del Consiglio di Stato, ebbe a dire che il Senato, non essendo una Camera legislativa, aveva un compito ben più elevato, sebbene poi fosse proprio l'«immensità del potere» a «paralizzare» i senatori[95].

Il fallimento del controllo di costituzionalità delle leggi esercitato dal Senato ripropone il problema del rapporto tra valore normativo della Costituzione e strumenti di garanzia. Paul Duez nel 1929, riflettendo, come molti dei giuristi francesi, sul principio del controllo giurisdizionale delle leggi per fronteggiare il «dispotismo delle maggioranze parlamentari»[96],

[95] Cfr. al riguardo l'ampio studio di A. ASHWORTH, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire*, in «Revue du droit public», 1, 1994, pp. 45-102.

[96] La giuspubblicistica francese tra la fine del XIX secolo e i primi decenni del seguente ha ampiamente còlto e analizzato il fenomeno del «risveglio dei poteri politici delle nostre corti» (per riprendere l'espressione utilizzata da E. LAMBERT nel suo celebre *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris 1921, trad. it. Milano 1996, p. 1) auspicando, pur non senza dubbi e riserve (per esempio, da posizioni diverse, Larnaude, Duguit, Esmein, Carré de Malberg), un intervento volto a superare non solo gli ostacoli (i divieti rivoluzionari: tit. II legge 5 agosto 1790; tit. 3, cap. 5, art. 3 della Costituzione del 3 settembre 1791 ...) posti a base del diritto pubblico francese ma soprattutto l'ostacolo per eccellenza, ovvero l'assetto costituzionale del 1875 (R. CARRÈ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, préface de G. Burdeau, Paris 1931, rist. Paris 1984). Cfr., per i profili essenziali, G. JEZE, *Le contrôle juridictionnel des lois*, Paris 1924; M. BARTHÈLEMY, *Le contrôle juridictionnel des lois en France*, Paris 1929; Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, prefazione di H. KELSEN, Paris 1928, in particolare pp. 24 ss.; Ch. EISENMANN - L. HAMON, *La juridiction constitutionnelle en droit français (1875-1961)*, in H. MOSLER (ed), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln - Berlin 1962, pp. 229-291; P. CRUZ VILLALON, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid 1987; E. PISIER, *Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité*, in *Mélanges Duverger*, Paris 1987, pp. 189-202; L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre pouvoir: le Conseil Constitutionnel*, Paris 1987; S. GAMBINO, *Sistema delle fonti e controllo di costituzionalità. Il caso francese. Profili storici-dogmatici*, Torino 1988; M. VERPEAUX, *Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la IIIe République*, in «Revue française de droit constitutionnel», 4, 1990, pp. 688-698; M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris - Aix-en-Provence 1990; M.-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, cit.; R.L. BLANCO-VALDÉS, *El valor de la constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Madrid 1994, trad. it. *Il valore della costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, Padova 1997, pp. 244 ss.; E. MAULIN, *Le*

definisce *a priori* il controllo esercitato dal Senato e ricorda – sulla scia di Sieyès – come in base alla Costituzione dell'anno VIII la produzione della legge rispondesse a una logica processuale: da un lato il Tribunato investito della funzione propositiva, dall'altro il Corpo legislativo deliberante, tra i due il Senato conservatore[97] a fungere da corte di cassazione nell'ambito politico[98]. Non bisogna dimenticare come tra la fine del XVIII e il corso del XIX secolo il problema della garanzia della Costituzione[99] non sia identificato con quello del controllo delle leggi realizzato in forma giudiziaria. Difendere la Costituzione è un concetto ben più esteso e vago e può essere raffigurato solo in parte con l'immagine del 'custode della Costituzione'[100]. Un dato però deve essere subito evidenziato, e cioè che una stessa logica accomuna una congerie – difficilmente riconducibile a unitarietà – di proposte e di soluzioni: è la logica che definirei «politico-giurisdizionale» la quale, non potendo affermarsi sotto forma di *judicial review*, è fatta interagire prevalentemente con la dinamica costituzionale dei poteri.

Marcel Gauchet ha studiato il problema del «potere supplementare» durante il decennio rivoluzionario. Tra la volontà del legislativo e l'azione dell'esecutivo, tra il dogma dell'unità sovrana del corpo politico della nazione e la costanza rivoluzionaria del medesimo principio (malgrado talune apparenti *défaillance*), tra la filosofia della rappresentanza e la sua riflessività, si incunea un tipo di proposta istituzionale destinata a soccombere – con l'eccezione 'disgraziata' del Senato conservatore – e che,

principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg, in «Revue française de droit constitutionnel», 21, 1995, pp. 79-105.

97 Sull'originario progetto di Sieyès e sul rapporto tra *jury législatif* e *Collège des Conservateurs*, si veda adesso M. LAHMER, *La constitution américaine dans le débat français: 1795-1848*, Paris 2001, pp. 270 ss.

98 P. DUEZ, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris 1929, pp. 211-249. Sui pericoli insiti nel controllo di costituzionalità delle leggi quanto alla possibile opposizione tra elemento giuridico (Costituzione come regola giuridica sottoposta a sanzione) e elemento politico si veda M.-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, cit., p. 174: «Si les publicistes souhaitent éviter la confrontation du juridique et du politique, c'est à la fois pour préserver une certaine cohérence de l'ordre juridique, son auto-suffisance en quelque sorte, et pour garder à leur spécialité l'autorité de la compétence technique».

99 Cfr. D. ROUSSEAU, *La garantie de la constitution*, in J.-P. CLEMENT - L. JAUME - M. VERPEAUX (edd), *Liberté, libéraux et constitutions*, Paris - Aix-en-Provence 1997, pp. 97-105.

100 C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin 1931, rist. Berlin 1969, trad. it., *Il custode della costituzione*, Milano 1981, p. 23.

tuttavia, suggerisce un altro modo di leggere la vicenda dei fondamenti del costituzionalismo liberale francese scossi alla radice dalla tensione tra la dimensione teorica e l'impossibilità pragmatica.

In quel decennio l'immaginario costituzionale è contrassegnato da una fantasia sbrigliata, da una straordinaria fucina di complessi congegni istituzionali[101]. Il 'travestimento' è di gran moda: ecco allora in decine di progetti apparire consigli di censori, tribuni, efori, senati revisori, poteri conservatori, alla ricerca di quell'ordine e di quella stabilità costituzionale che la Rivoluzione non sembra poter mai raggiungere. A ogni grande snodo del dibattito costituente (estate-autunno del 1789, 1791, primavera del 1793, termidoro ecc.) un numero sorprendente di oscuri e improvvisati legislatori o di personalità di navigata esperienza propone di dar vita, sotto varie forme, a un multiforme terzo potere, protettore, conservatore, di sorveglianza, di censura, di riforma.

In questo ambito appare però assolutamente fuorviante assumere la categoria moderna della giustizia costituzionale[102] come spazio di riflessione

[101] Oltre al lavoro di M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Paris 1995, cfr. anche E. ZWEIG, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen 1909, pp. 421 ss.; C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 9 ss.; P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, Paris 1939, rist. 1970, pp. 431-433; L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, 2 voll., Milano 1984-1987, I: *Il progetto costituzionale*, pp. 546 ss.; F. BRUNEL, *Aux origines d'un parti de l'ordre: les projets de constitution de l'an III*, in J. NICOLAS (ed), *Mouvements populaires et conscience sociale, XVIe-XIXe siècles*, Paris 1985, pp. 687-696; G. ROBBERS, *Emmanuel Joseph Sieyès – Die Idee einer Verfassungsgerichtsbarkeit in der Französischen Revolution*, in W. FÜRTS - R. HERZOG - D.C. UMBACH (edd), *Festchrift für Wolfgang Zeidler*, 2 voll., Berlin - New York, 1987, I, pp. 247-263, con particolare riferimento alla recezione tedesca; M. PERTUÈ, *La censure du peuple dans le projet de Constitution de Condorcet*, in P. CRÉPEL - Ch. GILAIN (edd), *Condorcet, mathématicien, économiste, philosophe, homme politique*, Paris 1989, pp. 322-332; J. LUTHER, *Idee e storia*, cit.; M. LEVINET, *Le problème du contrôle de la loi lors de l'élaboration de la constitution de 1793*, in «Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger», 3, 1991, pp. 697-732; P. COLOMBO, *Governo e costituzione*, cit., pp. 510 ss.; M. PERTUÈ, *Les projets constitutionnels de 1793*, in M. VOVELLE (ed), *Révolution et République. L'exception française*, Paris 1994, pp. 174-199; S. LUZZATTO, *L'Autunno della Rivoluzione. Lotta e cultura politica nella Francia del Termidoro*, Torino 1994, pp. 304 ss.; M. BARBERIS, *Thermidor, le libéralisme et la modernité politique*, in R. DUPUY - M. MORABITO (edd), *1795. Pour une République sans Révolution*, Rennes 1996, pp. 134 ss.; P.P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. ZAGREBELSKI - P.P. PORTINARO - J. LUTHER (edd), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 22 ss.; R.L. BLANCO-VALDÉS, *Il valore della costituzione*, cit., pp. 258 ss.

[102] Come si può vedere in molti degli studi dedicati al problema delle origini della giustizia costituzionale.

del decennio rivoluzionario. Si rischierebbe infatti di assegnare a quei progetti (anche al più noto di essi, ovvero a quello di Sieyès) uno statuto che essi non possiedono se non per singoli dettagli ed elementi, spesso confusi tra loro. Semmai questo dibattito interessa proprio perché mostra la difficoltà di passare dai riferimenti ideali della libertà degli antichi *en travesti* alla dialettica liberal-repubblicana dei moderni.

In particolare non bisogna confondere – malgrado le suggestioni e analogie più o meno apparenti – il problema dell'attivazione di un potere giudiziario di sindacato costituzionale[103] con il richiamo allusivo a una più vaga e polimorfica logica giudiziaria in grado di offrire un determinato modulo organizzativo: non è così difficile pensare a «un tribunale degli altri poteri» in perfetta simmetria con il dispositivo della cassazione, ovvero, per altri aspetti, a quel *topos* settecentesco del tribunale dell'opinione che pare realizzare un compromesso tra la volontà sovrana e un giudizioso esercizio della rappresentanza.

In questo panorama l'autore che meglio di ogni altro rappresenta l'evoluzione di un'idea e al tempo stesso ne segnala le *impasses* è ovviamente l'abate Sieyès. Mi riferisco in particolare alla sua 'misteriosa' proposta di istituire una *jurie constitutionnaire*[104] benché il nostro abbia individuato questo profilo problematico sin dalla vigilia rivoluzionaria[105] e abbia cominciato a rifletterci durante l'Ottantanove. L'abate ricompare nel dibattito costituente con uno di quei *coup de théâtre* che ne hanno accresciuto la fama di oracolo e di «premier architecte politique». La Convenzione è già

[103] Diversamente bisogna utilizzare una troppa ampia e generica locuzione per riferirsi ad ogni procedura legale messa in atto per proteggere la Costituzione. In tal senso si veda H. MOSLER, *Introduzione* a H. MOSLER (ed), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. XII; e G. STOURZH, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, Graz 1974.

[104] «Je demande d'abord un *jury de constitution*, ou, pour franciser un peu plus le mot de jury, et le distinguer dans le son de celui de juré, une *jurie constitutionnaire*». (*Opinion de Sieyès, sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de Constitution, prononcée à la Convention le 2 thermidor de l'an troisième de la République*, Paris an III, p. 7). Sulla terminologia utilizzata dall'abate si veda P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, cit., p. 433. Cfr. anche B. NICOLLE, *Aux origines du contrôle de constitutionnalité: la jurie constitutionnaire de Sieyès (1795)*, Paris 1990.

[105] «... Mais si votre législature elle-même, si les différentes parties de cette première constitution ne s'accordent pas entre elles, qui sera le juge suprême? Car il en faut toujours un, ou bien l'anarchie succède à l'ordre» (E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, Paris 1988, cap. V, p. 133). Sull'apporto di Sieyès durante il dibattito costituente dopo il 1789 si veda L. JAUME, *Garantir les droits de l'homme: 1791-1793*, in «The Tocqueville Review-La Revue Tocqueville», 14, 1993, 1, pp. 49-65.

avanti nell'esame del progetto elaborato dalla Commissione degli Undici allorché Sieyès il 2 termidoro, nella sua solitaria ricerca della soluzione, fa un nuovo, inaspettato e poco gradito intervento in aula[106].

L'abate è certamente tra i più consapevoli della necessità di un 'soggetto' che svolga una funzione regolatrice e di conservazione della *machine* costituzionale. A questo scopo non giova la dinamica legata al veto reale che interferisce con l'Assemblea nazionale né si può ammettere che la non giuridicizzabile spinta insurrezionale funzioni da potere legale di regolazione. All'inizio della Rivoluzione Sieyès affida al potere costituente organizzato sotto forma di una convenzione nazionale il 'giudizio' sul conflitto[107].

È tuttavia nei discorsi del 2 e del 18 termidoro dell'anno III che Sieyès definisce e sviluppa i termini della sua proposta la quale, pur inserendosi nell'ambito di una riflessione comune sulla difesa della Costituzione e sul controllo del suo corretto funzionamento, riveste una indubbia originalità[108].

[106] Per una puntuale ricostruzione del ruolo di Sieyès nelle dinamiche politiche e costituzionali tra la primavera e l'estate del 1795 nonché sulla proposta, appena abbozzata, di Durand de Maillane di un *Jury constitutionnel* rinviamo al recente lavoro di R. MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna 2001, pp. 274 ss.

[107] *Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du veto royal, à la séance du 7 septembre 1789*, Paris s.d. Sulle posizioni di Sieyès prima dell'anno III, cfr. P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, cit., pp. 430 ss. e più recentemente le belle pagine di S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, 2 voll., Milano 1994, I, pp. 284 ss. In un'annotazione autografa, non datata, a margine del discorso sul veto reale Sieyès scrive «qu'il est rare qu'un appel au peuple ne devient pas un appel à la guerre civile» osservando che il veto dovrà trovarsi «au dehors, dans un jury constitutionnaire» (*ibidem*, p. 294). Sulla posizione critica di Sieyès rispetto al veto sospensivo e l'appello ai baliaggi si veda anche R. MARTUCCI, *1789, la Repubblica dei foglianti. Dal re d'antico regime al primo funzionario dello Stato*, in «Storia Amministrazione Costituzione», 1, 1993, pp. 97-98; M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs*, cit., pp. 62 ss. Sulla sostanziale continuità del costituzionalismo liberale di Sieyès, si veda P. PASQUINO, *Il pensiero di Sieyès*, in E.-J. SIEYES, *Opere e testimonianze politiche*, 2 voll., Milano 1993, I: G. TROISI SPAGNOLI (ed), *Scritti editi*, pp. 7-8.

[108] Di recente la giuria costituzionale di Sieyès – a testimonianza del fatto che non tutto è stato detto sull'argomento – ha attirato l'attenzione critica, pur da punti di vista differenti, di due dei più importanti rappresentanti francesi della storia delle idee politiche e della storia e teoria costituzionale: si vedano M. TROPER, *Sieyès et le jury constitutionnaire*, in *La République. Etudes offerts à Pierre Avril*, Paris 2001, pp. 265 ss.; e L. JAUME, *Sieyès et le sens du jury constitutionnaire: une reinterpretation*, in «Droits», 36, 2003, pp. 114-134.

Sieyès nel suo primo discorso muove da una mera constatazione: nel progetto presentato dalla Commissione degli Undici manca la parte relativa alla garanzia, vero e proprio *casse-tête* del dibattito rivoluzionario. Per riportare la sovranità – trasformatasi in 'totalità' sconfinata e mostruosa durante il Terrore – «nei suoi giusti limiti»[109] l'abate ritiene si debba riflettere sull'organizzazione del potere[110] inteso come movimento complesso tendente all'unità di azione, in breve accordare l'unità (per evitare l'anarchia) con la divisione (per impedire ogni forma di dispotismo). Sieyès sembra qui 'anticipare' i tratti organizzativi di quella che sarà la Costituzione dell'anno VIII. La macchina[111] artificiale fondata sul principio della divisione del lavoro e dell'interesse specializza il processo legislativo a cui contribuiscono diversi e autonomi organi (tribunato, 'governo', legislatura) tendenti a una 'unità organizzata' che presuppone la fondamentale teoria della distinzione tra potere costituente e potere costituito. Il Corpo legislativo, come un tribunale giudiziario, riceve la questione da giudicare e deve dar 'ragione', moderare e decidere, deliberando, sul rapporto di irriducibile diversità che si instaura tra governanti ('governo') e governati ('tribunato')[112]. Il legislatore-giudice cerca di garantire che l'ordine politico sia il più possibile tagliato sulla misura dell'ordine civile[113]. Tale meccanica si deve però innestare sul tronco della logica dell'equilibrio costituzionale[114] e deve poter 'risolvere' l'originario

[109] *Opinion de Sieyès, sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de constitution, prononcée à la Convention le 2 thermidor de l'an troisième de la République*, cit., p. 7. In traduzione italiana si veda l'edizione a cura di G. TROISI SPAGNOLI in *Opere e testimonianze politiche*, cit., I, II, *Opinione di Sieyès su alcuni articoli dei titoli IV e V del progetto di costituzione pronunciata alla Convenzione il 2 termidoro dell'anno III (20 luglio 1795) della Repubblica*, pp. 792-793.

[110] Sulla 'riabilitazione' costituzionale del 'governo' come volontà e deliberazione e sulle influenze (Thouret, Necker ...) in Sieyès si veda la sintesi di L. COMPAGNA, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Bologna 1998, pp. 239 ss.

[111] Su questo concetto si vedano adesso le osservazioni di S. MANNONI, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, in «Quaderni fiorentini», 29, 2000, p. 40.

[112] Sull'accentuato antivolontarismo di Sieyès si veda L. JAUME, *Sieyès et le sens du jury constitutionnaire: une reinterpretation*, cit., che ricostruisce puntualmente la filosofia della deliberazione e del giudizio elaborata dall'abate francese.

[113] Cfr. P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, cit., pp. 424-425.

[114] Sieyès – come è noto – conserva la sua posizione critica verso il 'sistema di equilibrio' ascritto alla tradizione costituzionale inglese e, per altri versi, americana. Tuttavia – come dimostrato di recente con notevole acume – il progetto dell'abate per l'anno III (e poi, pur nelle mutate condizioni, per l'anno VIII) non era estraneo ai meccanismi della *balance des pouvoirs*. Al riguardo si rinvia a M. LAHMER, *La constitution américaine dans le débat*

problema del potere costituente. È in questo contesto istituzionale che l''architetto' Sieyès introduce la giuria costituzionale, ovvero un «corpo di rappresentanti, con missione speciale, incaricati di esprimersi sui reclami contro ogni attacco alla Costituzione»[115]. Volendo anzitutto reagire alla logica dell'onnipotenza legislativa e della sua rappresentanza politica[116], tale tribunale, nella sua veste di «dépositaire-conservateur de l'Acte Constitutionnel»[117], è chiamato a pronunciarsi contro tutte le possibili violazioni. È nel discorso del 18 termidoro che Sieyès riduce la competenza ma amplia lo spettro di intervento del *jury*. Se la Costituzione è un corpo di leggi obbligatorie (perché altrimenti non serve a nulla) allora «bisogna chiedersi dove risiederà il guardiano, la magistratura di tale codice ...». La giuria, definita nei suoi meccanismi e nelle sue molteplici funzioni[118], deve dunque fungere da «tribunale di cassazione nell'ambito

français: 1795-1848, cit., pp. 213 ss., anche per cogliere l'indubbia influenza della teoria costituzionale di James Harrington sull'opera di Sieyès (pp. 249 ss.).

115 Si veda *Opinione di Sieyès su alcuni articoli dei titoli IV e V del progetto di costituzione pronunciata alla Convenzione il 2 termidoro dell'anno III (20 luglio 1795) della Repubblica*, cit., p. 796. «C'est un véritable corps de représentans que je demande, avec mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte qui seroit portée à la constitution» (*Opinion de Sieyès, sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de Constitution, prononcée à la Convention le 2 thermidor de l'an troisième de la République*, cit., p. 11).

116 Su questa costante preoccupazione, si veda P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, cit., pp. 418 ss.

117 Articolo I del progetto di Sieyès: *Opinion de Sieyès, sur les attributions et l'organisation du jurì constitutionnaire. Proposée le 2 thermidor, prononcée à la Convention nationale le 18 du même mois, l'an III de la République*, Paris an III, p. 20.

118 «En d'autres termes, je considère le jury constitutionnaire, 1° comme tribunal de cassation dans l'ordre constitutionnel; 2° comme atelier de propositions pour les amendemens que le temps pourroit exiger dans la constitution; 3° enfin, comme supplément de juridiction naturelle aux vides de la juridiction positive» (*Opinion de Sieyès sur les attributions et l'organisation du jurì constitutionnaire. Proposée le 2 thermidor, prononcée à la Convention nationale le 18 du même mois, l'an III de la République*, cit., pp. 3-4). Cfr. J. LUTHER, *Idee e storie*, cit., pp. 39 ss.; P. COLOMBO, *Governo e costituzione*, cit., pp. 515 ss.; M. MORABITO - D. BOURMAUD, *Histoire constitutionnelle*, cit., pp. 116-118. Non bisogna dimenticare che la proposta di Sieyès ha uno dei suoi punti di maggiore interesse nel ruolo che assegna alla giuria nella dinamica costituzionale tra maggioranza e minoranza. Sul punto si vedano le osservazioni di R.L. BLANCO-VALDÉS, *Il valore della costituzione*, cit.; J. VARELA SUANZES, *Constitución y ley en los origenes del estado liberal (A propósito del libro de R.L. Blanco Valdes, El valór de la constitución)*, in «Quaderni fiorentini», 24, 1995, pp. 519 ss.; P. ROLLAND, *La garantie des droits*, in J. BART - J.-J. CLÈRE - C. COURVOISIER - M. VERPEAUX (edd), *La Constitution de l'an III ou l'ordre*

costituzionale» che tenga conto della natura speciale dell'atto costituzionale[119]: essa pronuncia sentenze e gli atti dichiarati incostituzionali sono «nulli e come non avvenuti»[120]. La giuria, formata da 108 membri (di cui un terzo da rinnovarsi ogni anno) scelti per cooptazione dai deputati uscenti, è una macchina «pesante», il luogo della memoria e della stabilizzazione di un notabilato rivoluzionario – sorta di nuova aristocrazia repubblicana – che secondo Sieyès in prima battuta dovrebbe provenire per terzi dalle tre assemblee: Costituente, Legislativa, Convenzionale. Questa volta sono gli atti dei consigli legislativi (Anziani, Cinquecento), delle assemblee elettorali, delle deliberazioni del tribunale di cassazione a dover passare sotto il controllo di legalità della giuria[121].

Il complesso edificio suggerito da Sieyès viene aspramente censurato da Faure, Berlier, Louvet e Thibaudeau[122] che ritorcono contro l'abate gli argomenti richiamati per sostenere la bontà del suo progetto. L'argomento fondamentale è efficace quanto antico: *Quis custodiet ipsos custodes?*[123]; Thibaudeau paventa che un 'tribunale' come il *jury*, al di fuori di ogni prevedibile possibilità di controllo, possa addirittura diventare un potere mostruoso, sovraordinato agli altri.

républicain, Dijon 1998, pp. 78-81. Thibaudeau, nella sua critica del progetto di Sieyès, utilizza l'argomento della minoranza come 'fazione': «... c'est la première fois que l'on a proposé d'établir une institution aussi contraire aux principes, aussi favorable aux factions, aussi destructive de l'ordre social; elle ne pourrait convenir qu'à un peuple chez lequel il serait convenu que c'est la minorité qui a toujours raison et qui doit faire la loi» (*Opinion de Thibaudeau, Convention Nationale, Séance du 24 thermidor An III*, in *Le Moniteur universel*, p. 1332).

[119] «La magistrature civile vous paroîtroit-elle pouvoir remplir une aussi haute mission? Pensez au sage décret par lequel vous avez interdit aux juges de citer devant eux les administrateurs, pour raison de leurs fonctions; à plus forte raison vous ne leur accorderez pas la puissance de citer devant eux les premiers corps politiques de l'état. Non, on ne peut méconnoître assez l'importance de l'acte constitutionnel, pour le réduire à n'être qu'un titre du code civil» (*Opinion de Sieyès sur les attributions et l'organisation du jurì constitutionnaire. Proposée le 2 thermidor, prononcée à la Convention nationale le 18 du même mois, l'an III de la République*, cit., p. 3).

[120] Per la prima volta l'atto dichiarato incostituzionale è sanzionato come nullo. Cfr. M. BATTAGLINI, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano 1957, p. 62.

[121] M. TROPER, *Sieyès et le jury constitutionnaire*, cit.

[122] Cfr. M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs*, cit., pp. 178 ss.

[123] Su questo profilo devo qui rinviare al mio *Il potere giudiziario come «potere politico»*, cit., pp. 44-45.

«Se il tribunale costituzionale, le cui funzioni saranno determinate dalla Costituzione, oltrepassa i suoi limiti chi reprimerà la sua usurpazione? Io vi confesso che ho cercato una risposta e che non ne ho trovato alcuna che mi soddisfi»[124].

Thibaudeau, che ritiene già sufficiente il gioco di controbilanciamenti previsti dal progetto di Costituzione dell'anno III (il Consiglio dei Cinquecento che solo propone le leggi, il Consiglio degli Anziani che ha un veto assoluto, il potere di 'reclamo' del direttorio esecutivo), vede nella giuria di Sieyès un organo dannoso perché farebbe venir meno la coerenza del sistema senza però offrire una garanzia contro i pericoli propri del 'governo degli uomini'[125].

In questo denso dibattito confliggono, senza poter ancora trovare un punto di equilibrio, le due principali tradizioni del costituzionalismo francese: la cosiddetta «tradizione repubblicana» e la via del liberalismo politico-costituzionale[126]. Per Thibaudeau e per l'ortodossia repubblicana la sola garanzia possibile è quella interna, basata su una efficace separazione dei poteri e sulla logica dell'equilibrio nell'ambito della democrazia rappresentativa. I poteri costituzionali, in virtù dell'interesse a conservare se stessi[127], fanno il «loro gioco» e così facendo garantiscono lo *standard* di

[124] «... Si le jury constitutionnaire, dont les fonctions seront déterminées par la constitution, en passe les limites, qui est-ce qui réprimera son usurpation? Je vous avoue que j'ai beau chercher une réponse, je ne trouve point de satisfaisante» (*Opinion de Thibaudeau*, cit., p. 1330). Cfr. R. BLANCO-VALDÉS, *Il valore della costituzione*, cit., pp. 301-302.

[125] «Voilà comment tout se lie, tout se tient et se balance dans le travail de la commission; je persiste à dire que c'est dans cette organisation même que se trouve toute garantie, et il est sensible que si on veut placer un jury constitutionnaire sur cet édifice, on en détruit l'harmonie, l'intention et l'effet, et on court les risques de l'écraser sous le poids d'une machine qui ne lui a point été adaptée, d'une pièce de rapport qui ne fait point partie de son ensemble». (*Opinion de Thibaudeau*, cit., p. 1333). Sull'inutilità di attribuire alla giuria un diritto di sanzione, essendo questa percepita come organo legislativo supplementare, si veda M. LAHMER, *La constitution américaine dans le débat français: 1795-1848*, cit., pp. 241-242. Sul punto si veda il poco noto articolo di A. LEZAY-MARNEZIA, *Sur le jury constitutionnaire de Sieyès*, in «Journal de Paris», 22 Thermidor-9 août 1795, p. 1239.

[126] In tal senso si veda l'eccellente analisi di P. ROLLAND, *La garantie des droits*, cit., pp. 29-84.

[127] «Ainsi, pour prévenir la confusion ou l'usurpation des pouvoirs, il faut donner à ceux qui les exercent des moyens tellement suffisans pour résister aux tentatives dirigées contre eux, qu'ils soient forcés à se respecter mutuellement par le sentiment de leur force et de leur dignité. Il faut que dans l'organisation du gouvernement chacune de ses parties soit établie et posée de manière à retenir toutes les autres dans leur place; il

costituzionalità e se del caso esisterà una sola condizione esterna, ovvero quella garanzia morale che può derivare dall'amore del popolo per la libertà e la Costituzione[128]. Per Sieyès e la tradizione liberale il metodo giurisdizionale – mutuato dall'ordine civile – potrebbe assicurare un multiforme sistema di garanzia esterna della Costituzione. Per gli uni un organo terzo, configurato come potere, non potrebbe essere imparziale e sarebbe peggiore del rimedio; se poi avesse i tratti di un'autorità morale esso non disporrebbe dei mezzi per far cessare il conflitto. Per gli altri la giuria costituzionale riuscirebbe a combinare la natura giudiziaria e quella politica di rappresentante investito dalla legislatura[129] venendo così sottoposto a controllo. In un caso la garanzia della Costituzione è vista attraverso il problema dell'organizzazione dei poteri e il principio maggioritario, nell'altro sono la protezione dei diritti individuali e il principio di opposizione e di minoranza a balzare in primo piano.

A ben vedere tale dibattito rivela la complessità del discorso liberale all'interno delle dinamiche della Rivoluzione francese. La posizione assunta da Thibaudeau si avvicina ai fondamenti del «liberalismo della bilancia», mentre quella di Sieyès è integrabile, per riprendere la fortunata modellistica di Bernard Manin, nella tradizione del «liberalismo della regola»[130] che necessita di un'istanza superiore esogena in grado

faut, pour ainsi dire, opposer l'ambition à l'ambition ...» (*Opinion de Thibaudeau*, cit., p. 1332). È trasparente l'influenza – come è stato fatto notare da P. PASQUINO, *Il pensiero politico di Sieyès*, cit., p. 28 – del celebre articolo 51 de *Il Federalista 51*: «Ma la maggiore garanzia contro la possibilità che il potere finisca, poco per volta, per concentrarsi tutto nel medesimo settore, è quella di dare a coloro che sono responsabili di ciascun settore i mezzi ed il personale interesse necessari a resistere ai soprusi ed agli abusi degli altri settori ... L'ambizione deve essere usata come antidoto all'ambizione» (A. HAMILTON - J. MADISON - J. JAY, *Il Federalista*, a cura di M. D'ADDIO - G. NEGRI, Bologna 1997, pp. 457-458). Ma, in ultima istanza, non si fa che ritornare a Montesquieu (al suo libro XI, capitolo IV dell'*Esprit des Lois*), ovvero all'idea che il «potere arresti il potere».

[128] «Les gardiens les plus sûrs et les plus naturels de toute constitution sont les corps dépositaires des pouvoirs, ensuite tous les citoyens» (*Opinion de Thibaudeau*, cit., p. 1332). Cfr. P. ROLLAND, *La garantie des droits*, cit., pp. 76-78.

[129] Il deputato della Charente Eschassériaux – che almeno in parte sostiene il progetto di Sieyès – osserva come la giuria costituzionale «n'a de puissance que pour ramener toujours à la loi constitutionnelle et n'en a aucune pour la renverser» (*Convention Nationale*, *Séance du 24 thermidor An III*, in «Le Moniteur universel», anno III, pp. 1329-1330).

[130] Si veda ampiamente B. MANIN, *Les deux libéralismes: la règle et la balance*, in I. THERY - Ch. BIET (edd), *La Famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au code civil*, Paris 1989, pp. 372-389.

di far valere giuridicamente la prescrizione del limite, della *boundary-line*[131].

Il progetto di Sieyès, malgrado un primo parziale sostegno[132], fu respinto all'unanimità, con la vittoria completa dei suoi critici. La complessità e l'ambiguità del progetto – ovvero il voler mettere insieme, come rilevato da Berlier, questioni capitali ed eterogenee – hanno finito per fare il gioco degli avversari. Il progetto dell'abate non oltrepassa un modello di garanzia che è ancora fortemente radicato nell'immaginario virtuoso della *polis* e assume le forme di una super-magistratura che ha – come una divinità *hindu* – troppe braccia, la cassazione e la censura, la revisione e l'iniziativa, il tribunale dei diritti dell'uomo incaricato di giudicare secondo equità e così via[133]. Nella riflessione di Sieyès – e più tardi nell'autocritica di 'costituzionali' termidoriani come Daunou, Constant, Mme de Staël – c'è senza dubbio un gusto del paradosso e della sfida: presentare un modello di «Stato di diritto» nel momento in cui la classe politica è già ossessionata dalle circostanze e dalla minaccia di dover ricorrere alla forza – l'esatto contrario del diritto – per salvare e stabilizzare un ben individuato regime repubblicano[134].

Sia il Consiglio degli Anziani nella Costituzione dell'anno III che il Senato conservatore dell'anno VIII pur rivelando una stessa teorica preoccupazione si allontanano però da Sieyès e specie il Senato è destinato a giocare un ruolo puramente formale di legittimazione del governo napoleonico

[131] Detto altrimenti, si può parlare anche di una peculiare contrapposizione tra il modello meccanicista e il modello normativo. Sul punto si veda M. TROPER, *La máquina y la norma. Dos modelos de constitucion*, in «Doxa», 22, 1999, pp. 331-347.

[132] Si è fatto opportunamente notare come il progetto di Sieyès sia in realtà assai meno 'isolato' di quanto possa sembrare, inserendosi e anzi dando più compiuta forma al dibattito rivoluzionario sul 'potere neutro'. Cfr. P. COLOMBO, *Governo e costituzione*, cit., pp. 517-518.

[133] Di «evidente macchinosità» parla M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna 1999, p. 117; «Un farraginoso organismo di garanzia» è il giudizio di R. MARTUCCI, *L'ossessione costituente*, cit., p. 282.

[134] Cfr. G. CONNAC, *La convention thérmidorienne: épisode réactionnaire ou transition novatrice?*, in J. BART - J.J. CLÈRE - C. COURVOISIER - M. VERPEAUX (edd), *La constitution de l'an III*, cit., pp. 263 ss. Marcel Morabito ha còlto efficacemente il dilemma della Costituzione dell'anno III: essa deve poter vivere nella continuità dei principi rivoluzionari e repubblicani ma la stabilità non può essere assicurata dal diritto, ovvero da «... une perspective strictement mécanique, étrangère aux réalités politiques» (*Les nouveautés constitutionnelles de l'an III*, in R. DUPUY - M. MORABITO (edd), *1795. Pour une République sans Révolution*, cit., p. 177).

e a gettare nient'altro che discredito su quell'idea di controllo 'politico' propugnata dall''oracolo della Rivoluzione'[135]. Si può dire che la sconfitta di Sieyès rappresenti in Francia – a parte la fallimentare esperienza dei senati napoleonici – il primo e ultimo grande tentativo di creare un potere neutro con evidente natura politico-giurisdizionale[136]. Malgrado ciò è da sottolineare come la 'logica giurisdizionale' sopravviva sotto altre forme, anche se la dimensione del tribunale, del giudizio e della soluzione del conflitto suggeriscono più interrogativi che soluzioni. Non sarà forse l'ambiguo concetto di «ragione» – tanto caro ai dottrinari – a fare della rappresentanza dei migliori, dei proprietari, degli individui consapevoli delle proprie capacità, dei virtuosi e dei probi un ingrediente imprescindibile dell'antropologia costituzionale del XIX secolo? È certo significativo che Carré de Malberg nel 1927 continui ad osservare che «la conscience des représentants est le tribunal de la constitutionnalité des lois»[137]. E nel «tribunale dell'opinione»[138] non ritorna ancora – tra i luoghi più affollati dell'immaginario sette-ottocentesco – la funzione del giudicare? Non era ovviamente più il popolo ad essere evocato, ma al suo posto l'opinione pubblica delle idee e delle intelligenze. Ma nonostante ciò rimaneva l'ambiguità del 'tribunale dell'opinione popolare' come guardiano della Costituzione. Non stupisce allora che gran parte dei testi – quasi a voler tenere insieme l'idea del legislativo virtuoso e del «tribunale dell'opinione» – ne affidino il deposito alla fedeltà degli organi costituzionali, alla vigilanza dei padri di famiglia, alle spose e alle

[135] Anche se lo stesso Sieyès ha poi visto nel *Collège des Conservateurs* un corpo nel quale far prevalere più la dimensione politica dell' 'iniziativa' che quella 'conservatrice' della logica giurisdizionale. Cfr. P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, cit., p. 446.

[136] Gauchet parla di «Une philosophie judiciaire de la représentation» (*La Révolution des pouvoirs*, cit., pp. 168 ss.).

[137] R. CARRÈ DE MALBERG, *La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875*, in «Revue politique et parlementaire», 1927, p. 344. Cfr. D. ROUSSEAU, *La garantie de la constitution*, cit., pp. 98-100.

[138] Nell'Ottocento «La véritable sanction des lois constitutionnelles résidait dans le contrôle de l'opinion publique sans cesse tenue en éveil grâce à la liberté de la presse» (J. BARTHÈLEMY, *La distinction des lois constitutionnelles*, cit., p. 21). Il tema del «tribunale dell'opinione» in rapporto allo sviluppo e alle dinamiche politico-costituzionali dei regimi rappresentativi moderni è tanto importante quanto poco indagato sotto il profilo giuridico-istituzionale. Gli studi di Lucien Jaume (in particolare quelli citati *supra*, nota 37) hanno senza dubbio il grande merito di aver posto l'accento sul fondamento filosofico del liberalismo con particolare riguardo alla «fonction de juger». Un aspetto, questo, fondamentale che ha, a mio avviso, anche conseguenze di ordine più strettamente costituzionale.

madri, all'affetto dei giovani cittadini, al coraggio di tutti i Francesi, al patriottismo e al valore delle guardie nazionali (Costituzioni del 1791, 1793, 1795, 1830, 1848)[139].

L'appello retorico alla lealtà, alla virtù è certamente nobile, ma è sempre la Costituzione «malfatta» – per ritornare a Constant e al nostro punto di partenza – a far temere che essa resti senza difese di fronte ai probabili abusi. Constant nei *Fragments* si chiede se una Costituzione possa garantire da sé la sua esistenza[140], ovvero se la divisione dei poteri, con la contrapposizione degli interessi, sia sufficiente a impedire che il legislativo e l'esecutivo compiano abusi che finiranno per distruggere la Costituzione. L'influenza di Necker, del *Des circonstances actuelles* di Madame de Staël (oltre che quella fondamentale di Sieyès)[141] su Constant è evidente: solo prevedendo legami, connessioni, interessi[142] comuni, dipendenza reciproca, sarà possibile 'unire' e 'intrecciare' i poteri[143]. E tuttavia questa macchina ha bisogno di un 'soggetto' costituzionale che prevenga e sappia regolare i possibili conflitti. Il «pouvoir neutre et préservateur» di Constant individua il problema centrale del costituzionalismo repubblicano[144]: il monismo e i difetti intrinseci delle costituzioni di età rivoluzionaria che erano stati generatori di conflitti, abusi e illegalità. Tale potere viene configurato come neutro (rispetto al rapporto legislativo-esecutivo); è inoltre preservatore perché ha lo scopo di conservare, in caso di conflitto, la *machine* costituzionale, operando quindi come una sorta di valvola

[139] Cfr. P. PASQUINO, *Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle? Carl Schmitt et Hans Kelsen*, in M. TROPER - L. JAUME (edd), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris 1994, p. 143.

[140] B. CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, a cura di H. GRANGE, Paris 1991, p. 361.

[141] Cfr. N. KING - E. HOFMANN, *Les lettres de Benjamin Constant a Sieyès*, in «Annales Benjamin Constant», 3, 1983. Non bisogna dimenticare d'altra parte il rapporto intellettuale con il J.C.L. SISMONDI delle *Recherches sur les constitutions des peuples libres*, edizione e introduzione di M. MINERBI, Genève 1965 e dell'*Histoire des républiques italiennes du Moyen Age,* Zurich 1808.

[142] Sui poteri costituzionali e sul concetto di interesse si veda B. CONSTANT, *Fragments*, cit., pp. 375 ss. e M. BARBERIS, *Benjamin Constant*, cit., pp. 179 ss.

[143] Cfr. D. ROUSSEAU, *La garantie de la constitution*, cit., pp. 102 ss. e per una sintesi L. LACCHÈ, *Coppet et la percée de l'Etat libéral constitutionnel*, cit. Si vedano inoltre i lavori di H. GRANGE, *Les idées de Necker*, Paris 1974 e *Introduction* a B. CONSTANT, *Fragments*, cit.

[144] Sulla complessa dialettica repubblica/monarchia tanto in Sieyès che in Constant, si veda P. BASTID, *Benjamin Constant et sa doctrine*, 2 voll., Paris 1966, II, p. 918.

di sicurezza[145]. Constant costruisce tale potere repubblicano «terzo» e «imparziale» con «materiali» che – e non è affatto paradossale – sono desunti più dal «deposito» storico della monarchia costituzionale (ereditarietà, facoltà di scioglimento del legislativo, facoltà di destituzione del potere esecutivo) che dall'universo concettuale del discorso repubblicano, pur nell'ambito della legittimità legale della nazione. Constant ritiene che questo terzo potere, dovendo arbitrare la competizione e far rispettare le regole del gioco, sia il naturale custode degli interessi superiori dello Stato. Questa funzione in linea di principio 'neutralizzata', 'apolitica' è nella sua essenza profondamente 'politica', e il potere neutro non sarà affatto una contraddizione in termini rispetto alle 'azioni positive' del monarca[146].

La definizione ulteriore della teoria del potere neutro negli scritti successivi al 1814 è una logica conseguenza della riflessione già maturata in età repubblicana. Il ritorno alla forma monarchica consente a Constant di «riportare» il concetto di «pouvoir neutre et préservateur» all'interno della più favorevole «condition monarchique»[147]. Le attribuzioni legali e 'razionali' possono ora essere affidate al *pouvoir royal*. La descrizione è ben nota: il *pouvoir royal* è il potere neutro; il *pouvoir ministeriel* un potere attivo. Il monarca-orologiaio interviene «dall'esterno» quando il «mouvement général» si inceppa: «... quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entre-choquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à leur place»[148].

[145] Su tutto ciò, si rinvia alle importanti considerazioni di M. BARBERIS, *Benjamin Constant*, cit., pp. 173 ss.

[146] Questo profilo non ha trovato a mio avviso a tutt'oggi la sottolineatura che merita. Ne dà parzialmente conto P. BASTID, *Benjamin Constant*, cit., p. 625. Sul punto si veda L. L. LACCHÈ, *Coppet et la percée de l'Etat libéral constitutionnel*, cit.

[147] «N'oublions donc jamais cette grande vérité, cette vérité qui établit l'unique supériorité de la monarchie, mais de la monarchie constitutionnelle seulement, sur le gouvernement républicain, dans lequel il a été impossible jusqu'ici de séparer le pouvoir exécutif du pouvoir suprême, et de résister à l'un sans ébranler l'autre ...» (B. CONSTANT, *Observations sur le discours prononcé par S.E. le ministre de l'intérieur en faveur du projet de loi sur la liberté de la presse* (1814), in B. CONSTANT, *Oeuvres*, cit., pp. 1248-1249). Solo considerando l'intero percorso di formazione del concetto di potere neutro e preservatore è possibile cogliere il carattere 'strutturale' della proposta di Constant, non limitata quindi, secondo l'interpretazione schmittiana, al prevalente bisogno borghese di uno spazio costituzionale 'neutralizzato'. Cfr. questa interpretazione in L. DIEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, cit., pp. 113 ss.

[148] B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs*, cit., p. 1079.

Se il 2 termidoro dell'anno III Sieyès aveva detto che il limite più grande del progetto esaminato era l'assenza di uno strumento di garanzia della Costituzione, allo stesso modo Constant scriverà nel 1815 che «Le vice de presque toutes les constitutions a été de ne pas avoir crée un pouvoir neutre, mais d'avoir placé la somme totale d'autorité dont il doit être investi l'un des pouvoirs actifs»[149]. Non è questa la sede per considerare la complessa architettura del potere neutro e preservatore nell'opera di Constant, tra repubblica e monarchia. Il mio discorso si limita al seguente profilo: il 'recupero', per altri fini, della logica 'politico-giudiziaria' di Sieyès all'interno dell'ordine costituzionale. Mentre nel disegno di Sieyès è la logica giudiziaria a inglobare il fine di politica costituzionale, ovvero difendere (conservare ed emendare) la Costituzione in quanto norma minacciata da atti incostituzionali, nel progetto di Constant è nel campo del politico e del discrezionale[150] che è chiamata ad operare la logica giudiziaria, allo scopo di difendere il corretto funzionamento del sistema (rapporto tra legislativo ed esecutivo).

Come il potere giudiziario separa i contendenti e si pronuncia sulle loro pretese, allo stesso modo – ma rispondendo a caratteri peculiarissimi – quando i poteri pubblici si dividono e sono pronti a danneggiarsi reciprocamente occorre «une autorité neutre qui fasse à leur égard ce que le pouvoir judiciaire fait à l'égard des individus. Le pouvoir préservateur est, pour ainsi dire, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs»[151]. Questa celebre formula, tuttavia, non deve far dimenticare che c'è una differenza sostanziale. Mentre gli individui sono deboli di fronte al giudiziario, il potere preservatore si trova a dover fronteggiare poteri ben più forti e per questa ragione deve agire rapidamente infliggendo solo le 'punizioni' che attengono alla sfera politica della responsabilità, con lo scioglimento

[149] *Ibidem*, pp. 1080-1081. Paolo Colombo ha notato come questa posizione di Constant sia anticipata da Daunou: si veda P. COLOMBO, *Governo e costituzione*, cit., p. 511. Constant, d'altra parte, nel 1815 non fa altro che riprendere i passaggi presenti nei *Fragments*: «Le vice de la plupart des constitutions a été de ne pas créer un pouvoir neutre, mais de placer la somme d'autorité dont il doit être investi, tantôt dans les mêmes mains que le pouvoir exécutif, tantôt dans les mêmes mains que le pouvoir législatif».

[150] In B. CONSTANT, *Fragments*, cit., la nozione di *discrétionnaire* riveste una indubbia centralità. Non è che «... Constant non vede la soluzione intravvista dal Sieyes dei discorsi di Termidoro ...» (M. BARBERIS, *Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2001, p. 105), è piuttosto l'evoluzione del sistema costituzionale a convincere Constant della necessità di dare un senso diverso al problema.

[151] B. CONSTANT, *Fragments*, cit., pp. 390-391.

dell'assemblea o la destituzione dell'esecutivo, o il più delle volte minacciando soltanto una di queste azioni[152]. Resta però l'obiezione eterna di Thibaudeau: *quis custodiet custodem?*. Constant risponde – non so con quanta convinzione – a questa domanda dicendo che per il modo con il quale tale potere è costituito – si tratti di membri eletti a vita, muniti di ingenti mezzi economici e ineleggibili a ogni altra carica o del monarca ereditario «esterno» all'oggetto del comando, posto «au dessus des agitations et des orages»[153] – e per le prerogative assegnatigli esso non ha interesse e non trae alcun vantaggio dal suo intervento 'giudiziario'[154].

Sieyès o Constant? È evidente che una contrapposizione di questo tipo sarebbe artificiosa e riduttiva. Sieyès e Constant, mi pare invece di poter dire: nelle riflessioni dei due più grandi pubblicisti francesi a cavaliere dei due secoli si elaborano infatti, pur con esiti diversi, i fondamenti e si delineano le potenzialità e i pericoli della garanzia politica della Costituzione. Sieyès e Constant, per semplificare qui la più complessa articolazione del discorso costituzionale, hanno lasciato tracce profonde e hanno influenzato in vari modi le proposte successive[155]. A ben vedere,

[152] Su questo profilo fondamentale, riemerso con urgenza in età termidoriana, cfr., tra i lavori più recenti, H. GRANGE, *Necker, Madame de Staël et la Constitution de l'an III*, in *Approches des Lumières. Mélanges Jean Fabre*, Paris 1974; dello stesso autore si veda anche *De l'influence de Necker sur les idées politiques de Benjamin Constant*, in «Annales Benjamin Constant», 2, 1982, pp. 73-80; L. JAUME, *L'esprit de Coppet et l'organisation du pouvoir*, in J. BART - J.J. CLÈRE - C. COURVOISIER - M. VERPEAUX (edd), *La constitution de l'an III*, cit., pp. 122-141; L. LACCHÈ, *Coppet et la percée de l'Etat libéral constitutionnel*, cit.; M. MORABITO, *Necker et la question du «Chef de l'Etat»*, in L. JAUME (ed), *Coppet, creuset de l'esprit libéral*, cit., pp. 41-54; L. JAUME, *Necker: examen critique de la Constitution de l'an III*, in J. BART - J.J. CLÈRE - C. COURVOISIER - M. VERPEAUX (edd), *La constitution de l'an III*, cit., pp. 167-182; H. GRANGE, *Mme de Staël et la Constitution de l'an III: avant et après*, *ibidem*, pp. 183-199; L. JAUME, *Le concept de «responsabilité des ministres» chez Benjamin Constant*, in «Revue française de droit constitutionnel», 42, 2000, pp. 227-243.

[153] «Le dépositaire du pouvoir suprême, siégeant au haut de la hiérarchie politique, modérant les mouvemens de tous les pouvoirs, rétablissant l'harmonie entre eux, et du haut de sa sphère, au-dessus des agitations et des orages, dissipant ces orages et appaisant ces agitations» (B. CONSTANT, *De l'état constitutionnel de la France*, in «La Renommée», 1, 15 giugno 1819, in *Recueil d'articles. Le Mercure, la Minerve et la Renommée*, II, Introduzione, note e commenti di E. HARPAZ, Genève 1972, pp. 1232-1233).

[154] Cfr. le ottime sintesi di D. ROUSSEAU, *La garantie de la constitution*, cit., pp. 104-105 e L. JAUME, *L'individu effacé*, cit., pp. 185 ss., e, dello stesso autore, *Le concept de «responsabilité des ministres» chez Benjamin Constant*, cit.

[155] Si pensi, per limitarci a qualche esempio, alla singolare e acuta riflessione del costituzionalista e poligrafo portoghese Pinheiro-Ferreira (S. PINHEIRO-FERREIRA, *Principes*

i due scrittori ci ricordano quanto sia difficile e, per certi aspetti addirittura fuorviante, ricercare una *summa divisio* tra natura giurisdizionale e politica della garanzia costituzionale[156].

Alla fine, gli insuccessi dei Senati conservatori, della funzione 'preservatrice' della monarchia costituzionale, del dualismo repubblicano hanno 'confermato' i timori manifestati dai nostri due scrittori: ché la logica legislativo-centrica (in tutte le sue forme e diverse gradazioni) o l'autocrazia non intendono sottostare, al di là dei buoni propositi, né a 'giurisdizioni' *extra* o *intra-constitutionem* né ad àrbitri né a guardiani[157], che, per riprendere l'allegoria richiamata da Thibaudeau, il mondo non poteva essere sorretto da un elefante che poggiasse su una tartaruga che, a sua volta, stesse sopra qualcos'altro e così all'infinito, rinviando sempre a un grado superiore la soluzione del problema[158]. Non fa meraviglia che il

du droit public constitutionnel, administratif et des gens, ou Manuel du citoyen sous un gouvernement représentatif, 3 voll., Paris 1834, I, p. 108, nota 182; pp. 350-369, note 590-627; III, pp. 800 ss.; «Sans un pouvoir conservateur, il ne saurait y avoir indépendance, ni harmonie, ni équilibre entre les autres pouvoirs de l'état», *ibidem*, I, p. 350). Pinheiro si riferisce alla Costituzione imperiale del Brasile del 1824 e a quella del Regno portoghese del 1826: si vedano le sue *Observaçoes sobre a Constituiçao do Imperio do Brazil, e sobre a Carta constitucional do Reino de Portugal*, Paris 1835², pp. 44-45; al corso di Pellegrino Rossi (P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris ...*, Paris 1866-1867, IV, *leçon XCII*) o alle notazioni di Prevost-Paradol (L.-A. PREVOST-PARADOL, *La France nouvelle*, cit., pp. 145 ss.) sul potere conservatore e/o neutro in una monarchia costituzionale o alle osservazioni di Félix Berriat-Saint-Prix sul Senato come «pouvoir conservateur» e «cour de cassation politique» (*Théorie du droit constitutionnel français. Esprit de la constitution de 1848 précédé d'un essai sur le pouvoir constituant*, Paris 1851, pp. 39 ss.).

[156] Si vedano le osservazioni di F. FERNANDEZ SEGADO, *El modelo francés de control politico de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución*, in «Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense», 75, 1989-1990, pp. 303-334.

[157] Cfr. M. BARBERIS, *Benjamin Constant*, cit., pp. 185-187 e P. PASQUINO, *Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle?*, cit.

[158] «Ainsi chez un peuple des Indes, la croyance vulgaire est, dit-on, que le monde est porté par un éléphant, et cet éléphant par une tortue; mais quand on vient à demander sur quoi repose la tortue, adieu l'érudition. Cette image est parfaitement applicable à l'objet que nous traitons. La garantie de la République est dans la division des pouvoirs et dans une bonne organisation; la garantie des pouvoirs est dans le jury constitutionnaire; mais quand on demande où est la garantie du jury pour lui-même, et celle des pouvoirs contre ses usurpations, on ne sait plus que répondre». (*Opinion de Thibaudeau*, cit., p. 1330). Un giurista della Terza Repubblica come Barthelemy potrà osservare che «toute organisation d'une sanction juridique, quelque parfaite qu'elle soit, aboutit comme à un couronnement inéluctable, à un organe qui n'en a pas d'autre au-dessus de lui» (*Notes parlementaires*, in «Revue de droit public», 14, 1907, p. 97).

tema della fallibilità della garanzia fosse così ben presente alla riflessione post-termidoriana di Constant: «... les abus du pouvoir préservateur ... peuvent être terribles; aucune garantie constitutionnelle ne peut être établie contre eux. On ne peut donner une garantie à la garantie elle-même»[159]. Constant va oltre Sieyès e cerca di spostare l'aporia della logica politico-giurisdizionale dall'esterno (la giuria costituzionale di Sieyès) all'interno del gioco dei poteri, recuperando la tradizione dell'ordine repubblicano alla Thibaudeau ma rivestita – nel mutare delle condizioni e dopo il patente fallimento di quell'ordine 'trasformato' dalla spada di Napoleone – con il manto d'ermellino della monarchia, arrivando a dare poi forma compiuta alle preoccupazioni del costituzionalismo liberale in tema di garanzia dei diritti e delle libertà. Per riprendere una formulazione già utilizzata, potremmo dire che proprio in Constant il liberalismo politico del limite e quello costituzionale della separazione dei poteri realizzano una serie di significative connessioni a testimonianza della complessità del liberalismo post-rivoluzionario.

Si tratta comunque di un confronto sui fondamenti costituzionali dell'ordine politico moderno capace, per alcuni suoi tratti, di individuare con severa lucidità i termini di un dilemma che non può non lasciarci ancora oggi esitanti, tra vecchi e nuovi idoli[160], tra i pallidi bagliori della sovranità della Costituzione e della sovranità della forza.

[159] B. CONSTANT, *Fragments*, cit., p. 451. Il capitolo 15 del libro VIII si intitola «Des garanties contre les abus du pouvoir préservateur».

[160] Per alcune vive suggestioni rinvio soprattutto al dibattito francese. Qui mi limito solo a ricordare il numero 64, 1991 di «Le débat», con interventi di M. Guénaire, L. Favoreu, D. Rousseau, M. Troper e in particolare di S. RIALS, *Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme*, pp. 163-181. Per ulteriori spunti si veda il numero 32 del 2000 di «Droits» e specialmente il saggio di E. DESMONS, *Le normativisme est une scolastique (Brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présenté comme un progrès)*, pp. 21-32.

Die Bewegung im labilen Dualismus des Konstitutionalismus in Deutschland

Möglichkeiten und Grenzen einer Entwicklung zugunsten des Parlaments

von *Rainer Wahl*

I. *Die Präzisierung der Fragestellung: Von der Suche nach dem «Typ» des deutschen Konstitutionalismus zur Frage nach der Bewegungsgeschichte im Konstitutionalismus*

Die Ausgangssituation für die Verfassungsgeschichte des 19. Jahrhunderts in Deutschland wie generell in Europa ist vergleichsweise einfach: Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts beherrschte die jahrhundertealte überkommene Institution der Monarchie die politische Welt. Seit Jahrhunderten war sie die einzige staatsbildende Kraft und damit die maßgebliche politische Größe in Europa gewesen[1]. Aber in den beiden letzten Jahrzehnten des 18. Jahrhunderts war ein weiterer Faktor hinzugetreten, die Vertretung der Untertanen bzw. Staatsbürger. Angesichts der Vorbilder der Volksvertretungen in den USA, im revolutionären Frankreich und besonders erfolgreich in Großbritannien und angesichts der gesellschaftlichen Entwicklungen wird es im 19. Jahrhundert immer drängender und zwingender, daß Staaten eine Volksvertretung erhalten, so wie es unabweisbar geworden ist, daß jeder Staat, wenn nicht heute, dann morgen, jedenfalls auf längere Sicht eine Verfassung brauchte. Staaten ohne Verfassung waren im 19. Jahrhundert ebenso in die (verfassungs)politische Defensive geraten wie Staaten ohne Volksvertretung.

Diese Ausgangslage, daß zu einem bisher allein bestimmenden Faktor – der Monarchie – ein zweiter hinzukommt, wird üblicherweise mit dem Begriff des Dualismus als einem Nebeneinander von zwei Faktoren oder als Konstellation zweier Pole beschrieben. Das innenpolitische Geschehen in einer so geprägten Ordnung ist weitgehend die Geschichte der Bewegung

Für wertvolle Mitarbeit danke ich Herrn Dr. Christoph Schönberger, Freiburg.

[1] Vgl. insgesamt W. REINHARD, *Geschichte der Staatsgewalt*, München 2002[3].

der beiden Kräfte, wobei die Betonung auf dem Merkmal der Bewegung liegt. Eine solche zweipolige Konstellation ist ihrer Eigenart und Struktur nach nicht stabil oder gar einheitlich, sondern sie ist in hohem Maße veränderlich und von den jeweiligen konkreten Machtverhältnisse abhängig und geformt, sie ist typischerweise auch entwicklungsoffen[2]. Für sie gilt in besonderem Maß, daß ihre Entwicklung den Bewegungsgesetzen des politischen Lebens unterliegt.

Insoweit ist der Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert zugleich eine politische Konstellation, die am wenigsten zu einem Typ oder einer festen Form zusammengefaßt oder -gepreßt werden kann. Wenn dies in der Verfassungsgeschichtsschreibung gleichwohl geschieht, ist dies weithin eine nachträgliche Konstruktion. Bekanntlich kreist die Literatur aber geradezu um die Frage nach dem Typ des deutschen Konstitutionalismus[3]. Es wird dabei unausgesprochen vorausgesetzt, daß es in der Vielfalt der politischen Bewegungen einen klaren substantiellen Kern, das Wesen des Konstitutionalismus gab. Diese Suche nach dem Typischen des Konstitutionalismus konzentriert sich mit einer inneren Notwendigkeit ausschließlich auf dessen Architektur und Statik, sie vernachlässigt das Dynamische und Flexible der zweipoligen Konstellation. Ein solcher Dualismus ist aber, wie schon erwähnt, von seiner Struktur her gerade von den jeweiligen konkreten Machtverhältnisse abhängig und durch sie geformt; deshalb verfehlt die auf den Typ des Konstitutionalismus konzentrierte und fixierte Fragestellung der Verfassungsgeschichtsschreibung der letzten Jahrzehnte Kern und Eigenart dieser Epoche.

Im folgenden wird hier deshalb die Ausgangsfrage umformuliert und zwar zur Frage nach den Bewegungen zwischen Monarch und monarchischer Regierung einerseits und dem Parlament andererseits. Die Analyse richtet sich zentral auf die Bewegungsgeschichte des Konstitutionalismus und

[2] Dazu insgesamt M. KIRSCH, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp – Frankreich im Vergleich*, Göttingen 1999.

[3] O. HINTZE, *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung* (1911), in DERS., *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, hrsg. von G. OESTREICH, Göttingen 1962, S. 359 ff.; E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 3, Stuttgart 1978[2], S. 3 ff.; DERS., *Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung*, in J. ISENSEE - P. KIRCHHOF (edd), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 1, Heidelberg 1987, § 2 Rdnr. 52 ff.; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert* (1967), in DERS., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a.M. 1991, S. 273 ff. Eingehend zum Forschungsstand E. FEHRENBACH, *Verfassungsstaat und Nationsbildung 1815- 1871*, München 1992, S. 71-75 und 75-85.

seiner dualen Konstellation. Es interessiert die Verlaufsgeschichte und die Veränderung der Machtanteile, das Auf und Ab der relativen Stärke der beiden Faktoren, es geht um die Frage der Dominanz der einen oder anderen Seite, konkret um die Frage, was aus der ursprünglichen Dominanz der monarchischen Seite im Laufe der Entwicklung geworden ist. Wenn es also unerläßlich ist, den Blick auf die realen Machtverteilungen, auf den Konstitutionalismus als ein System der Gewaltenteilung und die Wandlungen der Gewaltenteilung zu richten, dann muß die Analyse von Anfang an auch damit rechnen, daß nicht nur zwei Faktoren von Belang sind, sosehr auch die Auseinandersetzungen zwischen der Krone und der Volksvertretung im Mittelpunkt stehen können. Bewegende Faktoren sind aber auch andere Kräfte, z.B. das Volk als Adressat und Resonanzboden von Versprechungen und Visionen der Führung (etwa nach Steigerung der nationalen Macht und Erringung von Macht und Weltgeltung), die Parteien und Verbände sowie die gesellschaftlichen Gruppen, Klassen oder Schichten.

Diese Perspektive legt von vornherein eine komparatistische Sichtweise nahe[4]. Denn Monarchien mit ihrer traditionalen, lange Jahrhunderte unbezweifelten Legitimität, die sich dann aber im Laufe des 19. Jahrhunderts pluralisiert und dualisiert haben, hat es in Europa natürlich zahlreiche gegeben. Die moderne Demokratie hat die Monarchie nirgendwo abrupt und dauerhaft abgelöst; der Weg zu ihr ist fast überall über die Epoche des Konstitutionalismus gegangen. Man kann die konstitutionelle Epoche deshalb als Übergangsphänomen bezeichnen[5]. Aber damit ist noch nicht allzu viel gesagt, weil in einer hundertjährigen Perspektive Regime oft als Übergangsepochen erscheinen. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob der Übergang tatsächlich zu den gleichen Ergebnissen bzw. zu einer vergleichbaren neuen Konstellation geführt hat, ob die Entwicklung nach einem gemeinsamen Modell verlaufen ist. Insgesamt sind die Eigenarten und Gemeinsamkeiten der Entwicklungen des Konstitutionalismus im Europa des 19. Jahrhundert jedenfalls ein wichtiger Bestandteil der unmittelbaren Vorgeschichte der heutigen europäischen Demokratien. Diese haben ihre konkreten Vorläufer in den verschiedenen Erscheinungsformen des

[4] Auch die Suche nach dem deutschen Typ des Konstitutionalismus enthielt ja immer schon eine vergleichende Dimension. Aber es war doch mehr die Behauptung eines klar zu definierenden deutschen Typs der konstitutionellen Monarchie – insbesondere in der seit dem 19. Jahrhundert geläufigen polemischen Kontrastierung mit dem belgischen Konstitutionalismus – als dessen Analyse im europäischen Kontext.

[5] E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie*, S. 291 ff.

Konstitutionalismus im Europa des 19. Jahrhunderts. Das Erforschen dieser Vielfalt im 19. Jahrhundert weist daher über dieses Jahrhundert hinaus. Gemeinsamkeiten und Eigenarten der europäischen Staaten, die sich derzeit zeigen, haben ihre historischen Wurzeln insbesondere in der konstitutionellen Epoche.

Der Blick auf die europäische Staatenwelt zeigt Vielfalt und Alternativenreichtum. Deutlich wird ein breites Spektrum von konkreten Erscheinungsformen. Hervorzuheben ist, daß dabei die beiden Pole Monarch und Volksvertretung rein begriffliche Konstruktionen sind; real sind allein die zahlreichen Zwischenformen. Die neuere Forschung beginnt diese Vielfalt zu analysieren[6]. In Fortsetzung früherer Forschungsprojekte dient auch diese Tagung diesem Ziel der vergleichenden Analyse. Mit Ausnahme Großbritanniens haben die kontinentaleuropäischen Staaten überwiegend an dem einen Pol dieses Spektrums begonnen, nämlich beim – rechtlich kaum gebändigten – Absolutismus: Den sich eröffnenden Raum der unterschiedlich gewichteten dualistischen Konstellationen haben sie aber recht verschieden besetzt. Martin Kirsch hat das 19. Jahrhundert jüngst insgesamt als eine Epoche des «monarchischen Konstitutionalismus» gedeutet, wobei sowohl Monarch und Parlament wichtige Einflußpositionen hatten und der Vorrang beim Monarchen oder auch beim Parlament liegen konnte. Innerhalb dieses sehr weiten Verständnisses des monarchischen Konstitutionalismus unterscheidet er drei Varianten: den Vorrang des Parlaments wie in Frankreich 1791 und 1830 und in Belgien 1831; den napoleonischen Bonapartismus; schließlich den Vorrang des Monarchen nach dem Vorbild der *Charte constitutionnelle* Ludwigs XVIII. von 1814 und der süddeutschen Verfassungen[7]. In dieser abstrakten Typisierung wird ein beträchtlicher Teil der Entwicklungsgeschichte des 19. Jahrhunderts begrifflich gefaßt, und noch mehr zeigen die Einzelanalysen, wie viel Bewegung und Wandel in den einzelnen Staaten vorhanden war.

Ersichtlich ist die Entwicklung in Deutschland nirgends bei einem Konstitutionalismus mit Vorrang des Parlaments angelangt, erst recht nicht bei einem Konstitutionalismus mit normativ festgelegtem Vorrang des Parlaments. Dies mindert jedoch das Interesse an der Bewegungsgeschichte in Deutschland und deren Relevanz keineswegs.

[6] Vgl. insbesondere M. KIRSCH - P. SCHIERA (edd), *Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1999.

[7] M. KIRSCH, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert*, S. 57.

Auch im übrigen Europa hat es die Variante des normativ festgelegten Vorrangs des Parlaments selten gegeben, so etwa in Frankreich während der instabilen Revolutionszeit und in Belgien. Im übrigen sind gelungene Parlamentarisierungen oder gelungene Terraingewinne für das Parlament im Europa des 19. Jahrhundert selten durch ausdrückliche Verfassungsnormen angezielt oder ratifiziert worden. Ohne siegreiche Revolution und deren Ratifizierung in einer nachfolgenden Verfassung war auch im übrigen Europa ein Konstitutionalismus mit explizitem Vorrang des Parlaments nicht zu erwarten, und es hat ihn auch nicht gegeben. Was es dagegen mehr als einmal gegeben hat, sind schleichende Prozesse der Gewichtsverlagerung, also ein Einflußgewinn des Parlaments durch Praxis. Das Wachsen der politischen Teilhabe des Volkes und die wachsende Verwandlung des Untertans in einen Staatsbürger, beides das Signum des 19. Jahrhunderts, hat sich auch andere Bahnen gesucht und gefunden als den in der Literatur meist allein in Betracht gezogenen Weg der offenen Parlamentarisierung oder überhaupt der Parlamentarisierung. Eine der möglichen Varianten war die «Parlamentarisierung durch Staatspraxis», die schleichende Parlamentarisierung, eine Figur, der sich schon die erstmalige Ausbildung der Parlamentarisierung in England verdankt[8]. Neben dem englischen Vorbild der Parlamentarisierung müssen von Anfang an aber auch andere Varianten ins Blickfeld genommen werden. Mit dem US-amerikanischen Modell war von Anfang an auch ein Vorbild des kräftigen Einflusses des Parlaments im Rahmen eines Präsidialregimes vorhanden, also ein Modell der starken Rolle eines Parlaments, aber ohne parlamentarisches Regierungssystem. Und um im weiteren den Horizont der Überlegungen nicht von vornherein auf die Parlamentarisierung oder – im politischen-polemischen Sprachgebrauch der Zeit – die Parlamentsherrschaft zu verengen: die Kräfte 'von unten', mit denen sich die Monarchien im 19. Jahrhundert in der einen oder anderen Weise auseinandersetzen und arrangieren müssen, können sich auch am Parlament vorbei mobilisieren, in – nicht nur parlamentarisch agierenden – Parteien, Interessenverbänden und plebiszitären Formen[9].

[8] Die fragwürdige These Manfred Rauhs von der «stillen Parlamentarisierung» der Reichsleitung im späten Kaiserreich unterstellt eine entsprechende Entwicklung für das Deutsche Reich: M. RAUH, *Die Parlamentarisierung des Deutschen Reiches*, Düsseldorf 1977, S. 36 ff. Zur Kritik an Rauhs Modell siehe insbesondere H. BOLDT, *Von der konstitutionellen Monarchie zur parlamentarischen Demokratie*, in R. MUSSGNUG (ed), *Wendemarken in der deutschen Verfassungsgeschichte* (Der Staat, Beiheft 10), Berlin 1993, S. 151-186, hier S.169 f., Anm. 70.

[9] R. WAHL, *Der preußische Verfassungskonflikt und das konstitutionelle System des Kaiserreichs*, in E.-W. BÖCKENFÖRDE (ed), *Moderne Deutsche Verfassungsgeschichte*,

Die steigende Partizipation breiter Bevölkerungsschichten kann einem Übergang zum parlamentarischen Regierungssystem gerade entgegenwirken. Monarch, Bürokratie und Gesellschaft können dabei zu neuen Formen des Zusammenwirkens finden, die eine Demokratisierung ohne Parlamentarisierung ermöglichen[10].

Als Ergebnis dieser Vorklärungen geht es im weiteren darum, ob sich in dem labilen verfassungspolitischen Balancesystem des Konstitutionalismus[11] in der Praxis eine Verschiebung zum Parlament ergeben hat oder nicht und wie Einflußgewinne des Parlaments zu verstehen sind. Diese können auf ein parlamentarisches Regierungssystem hinwirken, das muß aber nicht der Fall sein. Es kann sich vielmehr auch eine Art präsidentieller Konstitutionalismus herausbilden, der Parallelen zum Verfassungssystem der USA aufweist[12]. Entscheidend ist, daß die Offenheit der Entwicklung in den Blick genommen und die Veränderungsfähigkeit ihrer Konstellationen analysiert wird. Die Geschichte des europäischen Konstitutionalismus ist die Geschichte der Bewegung der europäischen Monarchien mit ihren Volksvertretungen und dem Volk oder gegen sie. In jedem Land war die Entwicklung offen. War die Aufrechterhaltung oder Rückkehr zu einem reinen Absolutismus unwahrscheinlich oder doch wenig erfolgversprechend, so gab es doch genügend interessante Varianten in der Form des Teilens der politischen Macht.

II. *Begriffliche Probleme und Sachprobleme von dualistischen oder zweipoligen Ordnungen*

In der Literatur ist die Charakterisierung des Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts als dualistisch weit verbreitet. Und in der Tat wird ein herausstechendes Merkmal dieser Epoche, nämlich das Gegeneinander,

Königstein 1981², S. 208 ff., 220 ff. mit Anm. 66; H. BOLDT, *Von der konstitutionellen Monarchie zur parlamentarischen Demokratie*, S. 160 f., 164 f.

10 So für die Reichsebene im Kaiserreich C. SCHÖNBERGER, *Die überholte Parlamentarisierung. Einflußgewinn und fehlende Herrschaftsfähigkeit des Reichstags im sich demokratisierenden Kaiserreich*, in «Historische Zeitschrift», 272, 2001, S. 623 ff.

11 G.A. RITTER, *Entwicklungsprobleme des deutschen Parlamentarismus*, in G.A. RITTER (ed), *Gesellschaft, Parlament und Regierung. Zur Geschichte des Parlamentarismus in Deutschland*, Düsseldorf 1974, S. 11-54, hier S. 13.

12 Zu den Parallelen zum US-amerikanischen Verfassungssystem siehe C. SCHÖNBERGER, *Die überholte Parlamentarisierung*, S. 633, 636, 644, 651, 662, 664, 666.

manchmal auch Miteinander zweier Faktoren damit auf einen anschaulichen Begriff gebracht. Zugleich ermöglicht diese Charakterisierung eine abstrakte Parallelisierung mit anderen dualistischen Strukturen, so dem ständestaatlichen Dualismus, dem Gegeneinander der beiden konfessionellen Parteien im Alten Reich oder auch dem Konflikt zwischen Kapital und Arbeit in der Industrialisierung. Andererseits hat der Begriff des Dualismus in der Anwendung auf das 19. Jahrhundert auch unübersehbare Nachteile, die insbesondere aus einem einseitigen oder verengenden Verständnis resultieren. Er befördert das oben als verfehlt dargelegte Denken in starren oder stabilen Machtpositionen. Er suggeriert auch die Existenz einer sehr starken Entgegensetzung, einer sozusagen naturgemäßen Oppositionsstellung oder eines nicht zu überwindenden Antagonismus (dazu gleich unter III). Ungünstig ist auch, daß der Begriff Dualismus allein die Unterschiede und Verschiebungen im Kräfteverhältnis in den einzelnen Phasen nicht zum Ausdruck bringen kann. Es verwundert deshalb nicht – und dies behebt einen Teil der Nachteile – daß für einzelne Phasen zusammengesetzte Begriffe wie einseitig-ungleichgewichtiger, hinkender, labiler oder asymmetrischer Dualismus[13] verwendet werden.

Ausschlaggebend für die weitere Brauchbarkeit des Dualismus-Begriffs ist es deshalb, daß seine Verengung auf eine statische Sicht vermieden wird. Monarch und Parlament dürfen nicht als feste Säulen verstanden werden. Die Sprechweise von einer dualistischen Struktur steht einer Deutung des Konstitutionalismus als veränderliche Machtkonstellation und entwicklungsoffenes Verfassungsgefüge nicht entgegen, sondern sie fordert diese geradezu. Dualistische oder zweipolige Machtarrangements sind im Rahmen der gegebenen Architektur typischerweise labil, instabil und in fließender Veränderung. Daß sie eine annähernd dauerhafte Austarierung oder eine Gleichgewichtslage finden, ist die Ausnahme. Beachtet man die Notwendigkeit dieses weiteren Verständnisses, dann steht nichts entgegen, am überkommenen Begriff des konstitutionellen Dualismus oder dem einer zweipoligen Konstellation festzuhalten. Hinzuzufügen ist: daß es in einem Regierungssystem mehrere politische Kräfte gibt, ist nichts Besonderes, sondern normal. Die Redeweise von

[13] Vgl. etwa R. WAHL, *Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866*, in J. ISENSEE - P. KIRCHHOF (edd), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 1, § 1, Rdnrn. 11 und 14: einseitiger oder hinkender Dualismus für den Frühkonstitutionalismus, gleichgewichtiger Dualismus 1848 und labiler Dualismus in Preußen nach 1848; H. BRANDT, *Der lange Weg in die demokratische Moderne. Deutsche Verfassungsgeschichte 1800 bis 1945*, Darmstadt 1998, S. 83 («schiefe Balance»).

der dualistischen oder zweipoligen Konstellation meint mehr und etwas anderes, nämlich die spezifische Konstellation, daß sich die verschiedenen politischen Kräfte einer Zeit um zwei Pole ordnen und bündeln. In der zweipoligen Konstellation gibt es – natürlich – mehr als zwei politisch relevante Kräfte; aber die (Macht)Beziehung zwischen den beiden Polen dominiert so, daß sie auch die anderen Kräfte in das Für oder Gegen den einen oder den anderen hinein zieht.

III. *Die konstitutive Einbeziehung des Staatslebens und der Staatspraxis in die Analyse*

In der neueren Geschichtsschreibung wird zu Recht gefordert, daß zur Analyse einer politischen Ordnung wie der des zweipoligen Konstitutionalismus die Einbeziehung der Verfassungswirklichkeit unerläßlich ist. Wo so viel von den konkreten Kräftekonstellationen abhängt, geht es ohne Analyse des Staatslebens und der Staatspraxis nicht. Immer wieder wird dieses methodische Postulat mit einer Kritik an der von Juristen vorgelegten Verfassungsgeschichtsschreibung verbunden. Diese würde sich viel zu sehr auf die Normen fixieren und nur sie in die Analyse einbeziehen. Nun ist nicht zu leugnen, daß Juristen eine professionell bedingte Vorliebe für die Normen, hier die Verfassungstexte haben. Bleibt es dabei, ist diese Perspektive als zu eng zu kritisieren. Die Notwendigkeit, das Staatsleben einzubeziehen, sich darauf in besonderer Weise zu konzentrieren, wenn man historisch arbeiten will, wird aber durchaus auch von Juristen gesehen. Für den hier interessierenden Themenkreis einer dualistischen oder zweipoligen politischen Ordnung ist dieser Aspekt aber ausdrücklich hervorzuheben und nachdrücklich zu bekräftigen. Insoweit geht es nicht um die legitime unterschiedliche Betrachtungsweisen verschiedener Wissenschaften, sondern um das adäquate Erfassen einer besonderen politischen Ordnung, die ohne das Staatsleben nicht begriffen werden kann. Die Einbeziehung der Staatspraxis ist gerade im Konstitutionalismus konstitutiv für eine Verfassungsgeschichtsschreibung, die ihrem Gegenstand gerecht werden will.

1. Dies gilt in besondere Weise für eine Basisfrage des konstitutionellen Verhältnisses von Krone und Parlament, nämlich für die grundsätzliche Interpretation ihres Verhältnisses durch beide Faktoren. Wiederum gibt es ein breites Spektrum dieser Selbst- und Fremdinterpretationen. Beide können sich als Partner in einem grundsätzlichen Konsens über die verfassungsrechtliche und politische Ordnung oder aber auch als

grundsätzliche Gegner sehen. Ob durchgängiger Antagonismus oder Formen der Partnerschaft gesucht und gefunden werden[14], ist aus den Verfassungstexten und Rechtsakten nicht zu entnehmen, diese Grundhaltungen und Mentalitäten liegen dem Recht und dem politischen Handeln voraus. Sie sind aber wiederum wandelbar, es gibt auch Lernprozesse im Umgang mit dem Gegenüber. Das lange 19. Jahrhundert hat dafür ein bemerkenswertes Beispiel über die Veränderung einer ursprünglich sehr harten Entgegensetzung, nämlich bei der sozialen Frage, wo sich das Denken in der Vorstellung des Klassenkampfs seit der Weimarer Zeit in das der Sozialpartnerschaft verwandelte. So kann sich an die deutschen Verfassungskämpfe zwischen der Krone und der Volksvertretung berechtigterweise die Frage richten, ob Vergleichbares im Verhältnis Krone und Parlament geschah und was die Ursachen waren, wenn es nicht geschah. Im vorliegenden Zusammenhang geht es um die nicht zu unterschätzende Bedeutung dieser 'weichen' Faktoren im konstitutionellen Staatsleben.

2. Die konstitutive Bedeutung der Staatspraxis für die Verfassungsgeschichtsschreibung nicht nur des Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts ergibt sich auch aus einer ergiebigen Parallele der Verfassungsgeschichtsschreib ung zur heute immer stärker praktizierten Rechtsvergleichung verschiedener Rechtsordnungen der Gegenwart, also aus der Parallele von diachroner und synchroner Vergleichung. Auch bei der Rechtsvergleichung gibt es den hier rechtswissenschaftsimmanenten Vorwurf, daß sich die Aufmerksamkeit nur auf die Normen selbst beziehe. In Antwort darauf wird aber neuestens immer häufiger hervorgehoben, daß die Vergleichung nur in ihrem ersten Schritt bei den Texten allein ansetzen darf, später und danach sind mehrere weitere Schritte, mehrere weitere Stufen der Analysen notwendig. An anderer Stelle habe ich für den sehr voraussetzungsvollen Vergleich zwischen den Rechtsordnungen in Deutschlands und in Japan ein komplexes Vier-Ebenen-Modell entwickelt[15]. Bei ihm geht die Analyse in vier Schritten vor und analysiert immer tiefer die einzelnen Schichten der Rechtsordnung, angefangen bei den positiven Rechtsnormen, über die dogmatischen Systemzusammenhänge bis zu den grundsätzlichen

[14] Ein Beispiel dafür liefert etwa Martin Kirsch bei seiner Analyse der Kooperationsbereitschaft Louis-Philippes unter der Julimonarchie: M. KIRSCH, *Die Entwicklung des Konstitutionalismus im Vergleich*, in M. KIRSCH - P. SCHIERA (edd), *Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland*, S. 169.

[15] R. WAHL, *Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung*, in D. MURSWIEK - U. STOROST - H.A. WOLF (edd), *Staat – Souveränität - Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch*, Berlin 2000, S. 163 ff.

Prinzipien der Rechtsordnung und letztlich deren Verwurzelung in der jeweiligen Kultur. In dieses Modell lassen sich auch weitere soziale Bedingungen und Voraussetzungen der Geltung des Rechts hinzunehmen wie das Vorhandensein entsprechender Haltungen und Mentalitäten. Dieses rechtsvergleichende Methodenprogramm ist in einem gewissen Sinn auch übersetzbar in die verfassungsgeschichtliche Analyse. Jedenfalls ist es auch für die von Juristen betriebene Verfassungsgeschichte nichts Außergewöhnliches, daß über die Normen hinaus auf die bewegenden Kräfte und die Bewegungen in Spannungsverhältnissen geachtet wird. Deshalb muß der Ertrag der intensiven Erforschung der Geschichte des Parlamentarismus in den einzelnen deutschen Ländern ebenso zusammengetragen werden wie der der Forschung zur Parlamentarismusentwicklung in den anderen europäischen Ländern.

IV. *Neuere Impulse für die Verfassungsgeschichtsschreibung*

Für die Verfassungsgeschichtsschreibung aus juristischer Sicht, aber auch für die allgemeine Verfassungsgeschichte ergeben sich aus den Ergebnissen und Ansätzen der jüngeren Forschung eine Reihe von Impulsen, die eine Überprüfung des gängigen Bild vom deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts erforderlich machen. Im Rahmen der hier gegebenen Thematik kann diese Revision nur skizziert werden. Deutlich aber sind die Leitlinien einer solchen Fortbildung des Bildes des deutschen Konstitutionalismus. Es handelt sich um drei miteinander zusammenhängende Elemente: Erstens die Fokussierung auf die Bewegungsgeschichte der dualistisch-mehrpoligen Konstellation, auf das Spiel der Kräfte im langen 19. Jahrhundert; zweitens – und als Voraussetzung der Analyse der Bewegungsgeschichte – die ausdrückliche Einbeziehung der Staatspraxis; und drittens die Aufmerksamkeit für allmähliche oder schleichende Prozesse der Gewichtsverlagerungen. Bei allen drei Aspekten ist es viertens notwendig und fruchtbar, in vergleichender Perspektive die Entwicklungen in anderen europäischen Ländern parallel im Auge zu behalten[16]. Diese komparatistische Perspektive ist auch deshalb wichtig,

16 Der Blick auf Nachbarländer kann Unterschiede wie Gemeinsamkeiten erbringen. Manche These oder mancher scheinbare Beweis für einen deutschen Sonderweg wäre unterblieben, wenn man durch einen Blick auf Nachbarländer wahrgenommen hätte, daß einzelne Elemente durchaus vergleichbar sind. Dabei bleibt natürlich die Frage schwierig, ob sich aus der Summe der einzelnen Elemente eine eigene Konstellation oder geradezu ein Syndrom ergibt. Der Blick auf die Nachbarländer dürfte aber vor allem auch deutlich

um einen konkreten Eindruck von den im Horizont des Jahrhunderts gelegenen Alternativen, aber auch von den vielen Gemeinsamkeiten der Bewegungsgeschichte des europäischen monarchischen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts zu erhalten. Vor diesem Hintergrund wird erneut deutlich, daß die Geschichte des 19. Jahrhunderts – wie alle Geschichte – ex ante entwicklungsoffen war. Vor diesem Hintergrund ist auch manche These vom Sonderweg deutscher Entwicklungen[17] neu zu überprüfen. Die deutsche Entwicklung war weder von vornherein auf ein Gefälle in Richtung parlamentarisches Regierungssystem festgelegt noch auf einen eindeutigen Weg in den Nationalsozialismus.

V. *Die verfassungsrechtliche Grundverteilung zwischen Monarchie und Volksvertretung*

Dieses zentrale und originäre Thema der aus juristischer Sicht betriebenen Verfassungsgeschichte soll hier nicht erneut umfassend behandelt werden, es genügt, die wichtigsten Elemente des Staatsgefüges anhand der Verfassungsnormen in Erinnerung zu rufen:

1. Das monarchische Prinzip[18] war der Kern der monarchischen Befugnisse, eine Wurzel für zahlreiche Einzelbefugnisse und eine Quelle für behauptete Befugnisse im rechtlich ungeregelten Feld bzw. Ausnahmezustand – so jedenfalls in der deutschen Geschichte und Staatsrechtslehre. Diese starke Stellung des Monarchen und die Normierung eines monarchi-

machen, daß die Geschichte der europäischen Staaten in vielerlei Hinsicht ein Bündel von Sonderwegen ist.

[17] Vgl. dazu insgesamt die kritische Analyse von H. GREBING, *Der «deutsche Sonderweg» in Europa 1806-1945. Eine Kritik*, Stuttgart 1986, sowie das kritische Resümee von E. FEHRENBACH, *Verfassungsstaat und Nationsbildung 1815-1871*, S. 101: «Anders als noch in den 1970er Jahren wird heute die Meßlatte einer «normalen» Entwicklung, die meist nur ein in der Empirie gar nicht nachweisbares Modell darstellt, kaum noch zur Bestimmung des «deutschen Sonderwegs» angelegt. Dennoch gilt der innerdeutsche und vor allem der Mehrländervergleich nach wie vor als unentbehrlich, um nationale Sonderprobleme zu erkennen, aber auch, um Ähnlichkeiten der Konfliktgeschichte ... genauer zu erfassen».

[18] Generell zum monarchischen Prinzip und seinen Deutungen in der zeitgenössischen Literatur: H. BOLDT, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Düsseldorf 1975, S. 15 ff.; C. SCHÖNBERGER, *Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871-1918)*, Frankfurt a.M. 1997, S. 71 ff., jeweils mit eingehenden Nachweisen; vgl. dazu jetzt auch S. KORIOTH, *«Monarchisches Prinzip» und Gewaltenteilung – unvereinbar?*, in «Der Staat», 37, 1998, S. 27 ff.

schen Vorrangs in der dualistischen Verfassung finden sich bemerkenswerterweise sowohl im Frankreich der Restauration als auch in den deutschen Staaten. Trotz der Zäsur durch die Französische Revolution gelang es dem zurückgekehrten bourbonischen König, die Akzeptierung der neuen Form der Verfassung mit Elementen des vor-revolutionären und vor-verfassungsrechtlichen Absolutismus zu verbinden, nämlich mit dem Alleinvertretungsanspruch bei der Verfassungsgebung. Das kam in der berühmten Präambel der *Charte* Ludwigs XVIII. von 1814 zum Ausdruck, die hervorhob, der König habe sich zum Verfassungsoktroi entschlossen, «bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du Roi»[19]. Aus dieser Präambel entlehnten einige zeitgenössische Interpreten generalklauselartige Ermächtigungen[20]. Sie bringt zugleich die Kontinuität der historisch starken Stellung des Monarchen unter den neuen Bedingungen zum Ausdruck. Der Konstitutionalismus und die ihm immanente Teilung der Macht wurden aus der ursprünglichen Allmacht des Monarchen heraus entwickelt; die faktisch vorhandene Teilung der Macht und der Gewalt wurde normativ und ideologisch so weit es ging verdeckt, insbesondere mit der vehementen Ablehnung des Konzepts der Gewaltenteilung[21].

Den Anfang der Ausformulierung des monarchischen Prinzips in Deutschland machten die frühkonstitutionellen Verfassungen in den drei süddeutschen Staaten Bayern, Baden und Württemberg (1818/19). Am deutlichsten Bayern in Titel II § 1 der bayerischen Verfassung von 1918: «Der König ist das Oberhaupt des Staates, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt, und übt sie unter den von Ihm gegebenen in der gegenwärtigen Verfassungs-Urkunde festgesetzten Bestimmungen aus»; ähnlich Art. 5 Verfassung Baden[22] und Art. 4 Verfassung Württem-

[19] Präambel der *Charte* Ludwigs XVIII. vom 4. Juni 1814, abgedruckt in J. GODECHOT (ed), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris 1979, S. 217. Der ganze Satz, der der Sache nach eine Unterscheidung zwischen «résidence» und «exercice» der öffentlichen Gewalt enthält, lautet: «Nous avons considéré que, bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du roi, ses prédecesseurs n'avaient point hésité à en modifier l'exercice suivant la différence des temps».

[20] Dazu M. KIRSCH, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert*, S. 326.

[21] Dazu jüngst eingehend S. KORIOTH, *«Monarchisches Prinzip» und Gewaltenteilung – unvereinbar?*, in «Der Staat», 37, 1998, S. 27 ff.

[22] «Der Großherzog vereinigt in Sich alle Rechte der Staatsgewalt, und übt sie unter den in dieser Verfassungsurkunde festgesetzten Bestimmungen aus.» Die Texte der deutschen Verfassungen des 19. Jahrhunderts werden im folgenden nach E.R. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, Stuttgart 1978[3], zitiert.

berg[23]. Verschärft wurden diese Normen in der für die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts Deutschland wegweisenden und weichenstellenden Formulierung in Art. 57 *Wiener Schlußakte* 1820: «Da der Deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souverainen Fürsten besteht, so muß, dem hierdurch gegebenen Grundbegriffe zufolge, die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staats vereinigt bleiben, und der Souverain kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden sein». Im Verlauf des 19. Jahrhunderts wurde das monarchische Prinzip in der Staatslehre immer konservativer ausgedeutet[24]. Dies unterstützte die nach den Verfassungen ohnehin starke Stellung der Monarchie, vor allem ihre kaum parlamentarischer Einwirkung ausgesetzte Exekutivgewalt. Für das Parlament blieb insoweit als Balanceelement nur das Budgetrecht – kein Wunder daß es zum Anlaß und zum Motor fast aller Verfassungskonflikte und der meisten politischen Auseinandersetzungen bis hin zum preußischen Verfassungskonflikt wurde[25].

2. Die positive Ausstattung der Parlamente durch die Verfassung hatte ihren natürlichen Mittelpunkt in der grundsätzlichen Mitwirkungsbefugnis der Volksvertretung bei der wichtigen Staatsfunktion der Gesetzgebung. Schon die französische *Charte* von 1814 definierte den gemeineuropäischen Standard mit der Formel von der Gesetzgebung als gemeinschaftlicher Angelegenheit von Krone und Kammern (Art. 15 der *Charte Constitutionnelle*[26]). Am nächsten kommt dem die Formulierung in Preußen in Art. 62 preußische Verfassungsurkunde: «Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern

[23] Art. 4: «Der König ist das Haupt des Staates, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt sie unter den durch die Verfassung festgesetzten Bestimmungen aus».

[24] Zur Entwicklung der Ausdeutung des monarchischen Prinzips, insbesondere zur Durchsetzung der Stahlschen Interpretation gegen die Deutungen der Liberalen, siehe zusammenfassend C. SCHÖNBERGER, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, S. 71 ff.

[25] Vgl. dazu insgesamt R. MUSSGNUG, *Der Haushaltsplan als Gesetz*, Berlin 1976, S. 79 ff.; zu Württemberg: H. BRANDT, *Parlamentarismus in Württemberg 1819-1870. Anatomie eines deutschen Landtags*, Düsseldorf 1987, S. 345 ff.; zu Bayern E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 2, Stuttgart 1960, S. 35. Der Dauer-Verfassungskonflikt in Kurhessen, die «permanente Verfassungsstörung» hatte andere, allgemein verfassungspolitische Gegensätze als Ursache, dazu *ibidem*, S. 62 ff., 519 ff., 908 ff., 926, sowie Bd. 3, Suttgart 1963, S. 217, 436 ff., Zitat S. 436.

[26] «La puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des pairs, et la Chambre des députés des départements.»

ausgeübt. Die Übereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetz erforderlich ...». Der Sache nach findet sich das gleiche in den frühkonstitutionellen Verfassungen, so in § 88 Verfassung Württemberg: «Ohne Beistimmung der Stände kann kein Gesetz gegeben, aufgehoben, abgeändert oder authentisch erläutert werden».

In Bayern und Baden kam dann ein wichtiger Akzent und Bestandteil hinzu, nämlich die sog. Freiheit- und Eigentumsklausel: Titel VII § 2 Verfassung Bayerns lautete: «Ohne den Beyrath und die Zustimmung der Stände des Königreiches kann kein allgemeines neues Gesetz, welches die Freyheit der Person oder das Eigenthum des Staats-Angehörigen betrifft, erlassen, noch ein bestehendes abgeändert, authentisch erläutert oder aufgehoben werden»[27]. In dieser Freiheits- und Eigentums-Klausel war eines der zentralen Abgrenzungsprobleme im Verhältnis von Krone und Parlament thematisiert. Bezog und beschränkte sich nämlich die Mitwirkungsbefugnis der Volksvertretung auf die Gesetze und fehlte sie dementsprechend bei bloßen Rechtsverordnungen, so mußte die Definition des Gesetzes zum neuralgischen Punkt des eigentlich nur dort dualistischen Systems des Konstitutionalismus werden. Der Bereich des Gesetzes und der Gesetzesbegriff umschrieben zugleich den politischen Einflußbereich der Volksvertretung. Die Abgrenzung zwischen Gesetz und Verordnung war alles andere als ein technisches oder funktional zu lösendes Problem, sie grenzte die entscheidenden Sphären politischer Macht voneinander ab. Deshalb wurde das Thema des selbständigen Verordnungsrechts der Krone zu einem Kernproblem des Konstitutionalismus, natürlich vor allem auch in seinem Spezialfall der Verordnungsbefugnisse im Ausnahmefall[28]. Gerade im Ausnahmefall konnte das Verordnungsrecht zu einem wichtigen Fall der behaupteten und umstrittenen Reservemacht des Königs werden.

Ebenso wichtig wie die positive ist die negative Ausstattung der Parlamente durch die Verfassung, also die Beschränktheit ihrer Befugnisse. Dazu gehört die Abhängigkeit ihrer Tagungszeit vom Monarchen, sichtbar sowohl in der Begrenzung ihrer Tagungszeit auf Sessionen und in der Abhängigkeit

[27] Ähnlich in § 65 der badischen Verfassung: «Zu allen andern, die Freiheit der Personen oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betreffenden allgemeinen neuen Landesgesetzen, oder zur Abänderung oder authentischen Erklärung der bestehenden, ist die Zustimmung der absoluten Mehrheit einer jeden der beiden Kammern erforderlich».

[28] Siehe dazu insgesamt E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin 1981², S. 309 ff.; H. BOLDT, *Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, Berlin 1967.

der Session von der Einberufung durch den Monarchen[29]. Gesteigert zeigt sich diese Abhängigkeit im Auflösungsrecht des Monarchen[30]. Be- und Eingrenzungen gab es auch bei der zentralen Zuständigkeit der Gesetzgebung. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts fehlte den Parlamenten das Gesetzesinitiativrecht[31]. Zwar wichen die Landtage auf das politische Instrument der sogenannten Motion, also der Aufforderung an den Monarchen, einen Gesetzentwurf vorzulegen, aus, sie hatten dann aber keinen Einfluß auf den Inhalt eines dann vorgelegten Entwurfs. Zu den die legalen Möglichkeiten des Parlaments begrenzenden politischen Kampfmitteln des Monarchen gegen einen oppositionellen Landtag zählte etwa auch das im Vormärz häufig verwendete Mittel der Urlaubsverweigerung für beamtete Abgeordnete[32].

VI. *Optionen der Entwicklung und der Bewegung der beiden Faktoren: Offene oder schleichende Parlamentarisierung bzw. Alternativen zu ihr*

1. Parlamentarismus ist mehr als Anteil an der Gesetzgebung. Besonders prägnant ist dies im parlamentarischen System, in dem das Parlament einen bestimmten oder sogar maßgeblichen Einfluß auf die Regierungsbildung und deren Bestand hat. Aber auch im präsidentiellen System ist das Parlament nicht nur Gesetzgebungsorgan. Im Modell gewordenen System der USA hat der Kongreß auch jenseits der Gesetzgebung Mitwirkungsrechte im Exekutivbereich, so etwa die Zustimmungsbefugnisse des Senats bei der Berufung von Regierungsmitgliedern durch den Präsidenten, die

[29] Dazu etwa E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 2, S. 36 (Kampf um das Versammlungsverbot in Württemberg).

[30] Vgl. etwa: § 42 Verfassung Baden; Titel VI § 23 Verfassung Bayern; Art. 75 Satz 2 Verfassung Preußen. Im Kaiserreich stand das Recht zur Auflösung des Reichstags dann dem Bundesrat mit Zustimmung des Kaisers zu: Art. 24 Satz 2 Reichsverfassung. Zur Praxis E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 2, S. 39 (Auflösung in Württemberg), Bd. 2, S. 71 f. (Auflösung in Kurhessen 1832) und später die Auflösungen im Preußischen Verfassungskonflikt, Bd. 3, S. 319 f., 331 f.

[31] Vgl. etwa § 67 Verfassung Baden: «Die Kammern haben das Recht der Vorstellung und Beschwerde; ... Sie können den Großherzog unter Angabe der Gründe um den Vorschlag eines Gesetzes bitten. Sie haben das Recht, Mißbräuche in der Verwaltung, die zu ihrer Kenntniß gelangen, der Regierung anzuzeigen ...». 1869 wurde § 65a eingefügt, nach dem das Recht, Gesetze vorzuschlagen, dem Großherzog und jeder Kammer zustand.

[32] Siehe dazu E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 1, Stuttgart 1957, S. 364, 368 f., 371, 375, 377, 379, 384; Bd. 2, S. 34.

Zustimmungserfordernisse von Kongreßausschüssen im Bereich des Haushaltsrechts oder die Möglichkeit von Impeachment-Verfahren. Es zeigt sich: Nirgendwo wird ein Parlament nur zu dem Zweck eingerichtet, einen Anteil an der Gesetzgebung zu haben. Das Parlament, immerhin der Repräsentant des Volkes, hat immer einen größeren Anteil am Staatsleben. Der Repräsentant des Volkes läßt sich nicht auf die Mitwirkung an der Gesetzgebung beschränken, da das Staatsleben doch immer viel mehr als nur Gesetzgebung umfaßt. Es liegt demnach in der Logik der Institution, daß entweder die Verfassung das Parlament mit weiteren Rechten ausstattet oder das Parlament seine Möglichkeiten im Staatsleben erweitert. Wenn also im 19. Jahrhundert auf die Dauer das Zugeständnis eines Parlaments unvermeidlich war, wenn etwa auch Preußen nach 1848 zum Verfassungsstaat mit Volksrepräsentation und eine Teilung der Macht der Sache nach unvermeidlich wurde – was auch immer die Theorie tun mochte, um diese Teilung durch ihre Formeln zu verbergen[33] –, dann wurde es zur entscheidenden und im europäischen Vergleich maßgeblichen Frage, wie weit diese Teilung und der darin liegenden Dualismus ging und ob er auch das Verhältnis Regierung und Parlament erfaßte. Zu Recht setzt Kirsch deshalb seine Typologie an dieser Stelle an und unterscheidet innerhalb der Gesamtepoche des «monarchischen Konstitutionalismus» zwischen der Form mit Vorrang des Monarchen und derjenigen mit Vorrang des Parlaments[34]. Beidemal muß man aber noch weiter danach unterscheiden, ob der Vorrang normativ festgelegt war oder sich in der Staatspraxis ergeben hat. Denn oft fiel eine normative Festlegung eher zugunsten des Monarchen aus – dem typischen Verfassungsgeber am Anfang – als zugunsten des Parlaments. Selbst dort, wo eine neue Verfassung den Vorrang des Monarchen beendete wie in der geänderten *Charte constitutionnelle* der Julimonarchie, wurde nun nicht etwa normativ ein ausdrücklicher Vorrang des Parlaments normiert.

Der Blick auf die europäischen Varianten zeigt oder verstärkt die Einsicht, daß in diesem Zusammenhang nicht nur die stärkste oder reine Form der Parlamentarisierung, die Wahl der Regierung durch das Parlament und das Vorhandensein von Mißtrauensvoten von Interesse ist. Relevant ist auch die Konstellation des doppelten Vertrauens, bei der der Monarch einen Regierungschef ernennt, dieser aber das – mindestens stillschweigende – Vertrauen des Parlaments benötigt. Zur Parlamentarisierung

[33] Dazu S. Korioth, *«Monarchisches Prinzip» und Gewaltenteilung – unvereinbar?*, am Beispiel des Kontrasts von Theorie und Praxis der Gewaltenteilung im 19. Jh.

[34] M. Kirsch, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert*, S. 57.

zählen auch schwächere Formen, nämlich alles, was zur Überwindung der Distanz und der Trennung zwischen Parlament und Regierung beiträgt, z.B. die informelle Abhängigkeit der Regierung von der Parlamentsmehrheit, die entschiedene Rücksicht des Monarchen bei der Auswahl des Regierungschefs auf die Parlamentsmehrheit. Ein wichtiger Indikator ist also die Personalpolitik bei der Ministerbesetzung, wobei diese Personalpolitik zwei unterschiedliche Perspektiven hat: auf der einen Seite muß der Monarch bereit sein, Parteivertreter ins Kabinett zu holen, auf der anderen Seite müssen diese Politiker und gegebenenfalls die sie tragenden Parteien ihrerseits bereit sein, auf die andere Seite zu wechseln bzw. ein Kooperationsverhältnis einzugehen[35]. In diesem Sinne ist der Über- und Eintritt von Parlamentsabgeordneten in die Regierung ein bedeutsames Anzeichen für die gewandelte Grundeinstellung beider Seiten, er ist sozusagen ein Quantensprung im Verhältnis von Regierung und Parlament sowie Parteien, auch wenn zu berücksichtigen ist, daß insbesondere in der deutschen Entwicklung Regierungsamt und Parlamentsmandat rechtlich inkompatibel waren[36] oder doch jedenfalls als unvereinbar galten.

2. Das Verhältnis zwischen Parlament und Regierung ist natürlich nicht nur von den Normen bestimmt, sondern auch von den Einstellungen und Grundpositionen der beiden Seiten. So sind auf Seiten des Parlaments und der Abgeordneten «Leistungen» gefordert, soll sich der Einfluß der Mehrheit und der Mehrheitsparteien im Sinne einer parlamentarisch getragenen Regierung verfestigen. Dazu gehört insbesondere auch die Bereitschaft einer Partei, programmwidrige Regierungsaktivitäten mit zu tragen und sich wegen der generellen Unterstützung der Regierung mit unangenehmen Entscheidungen abzufinden.

Hintergrund und Voraussetzung einer Parlamentarisierung ist der Wunsch von Parteien bzw. der Parlamentsmehrheit, die Regierung selbst zu übernehmen. Entgegen gängigen Annahmen oder Vorverständnissen waren die Abgeordneten und Parteien im 19. Jahrhundert in allen europäischen Ländern nicht von vornherein darauf aus, diese Rolle zu übernehmen oder dieses Ziel der Parlamentarisierung zu erstreben. Sie haben es nicht als

[35] Das Verfassungslabor für all diese Fragen war nach 1860 Baden, wo «die Liberalen als regierende Partei» auftraten, diese Rolle aber anders als in einem parlamentarischen System verstanden und sie am Ende auch wieder verließen (dazu unten VII 2b).

[36] So zuletzt noch auf Reichsebene bis 1918 die Inkompatibilitätsregelungen in Art. 9 Satz 2, Art. 21 Reichsverfassung. Zu diesen siehe U. BERMBACH, *Vorformen parlamentarischer Kabinettsbildung in Deutschland*, Köln 1967, S. 106 ff.

naturgemäße oder logische Folge der Einführung einer Volksvertretung angesehen, daß sich parlamentarische Formen des Regierungssystems ausbilden sollten. Das gilt insbesondere für die Liberalen in den deutschen Staaten. Die Ausbildung oder Nichtausbildung dieser Einstellungen, überhaupt die Ausbildung des Selbstverständnisses der ursprünglich als Honoratiorenvereinigungen gestarteten, dann aber gewandelten Parteien ist eine wichtige Variable, die in ihrer Bedeutung gar nicht überschätzt werden kann. Dies sind Basisvorgänge, die von den Normen der Verfassung wenig oder gar nicht gesteuert sind, sondern von der allgemeinen politischen und gesellschaftlichen Entwicklung abhängen.

3. Ähnliches gilt für die Ausbildung und Prägung von Einstellungen auf der Seite der Monarchen. Hier gab es zunächst durchaus Vielfalt, nicht nur zwischen den einzelnen deutschen Staaten, sondern auch innerhalb eines Landes bei den unterschiedlichen Monarchen der Dynastie. Die politische Einstellung des jeweiligen Monarchen war eine in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzende Variable, weil es nicht nur um Kleinvarianten im politischen Handeln ging, sondern weil die Ausrichtung des Dualismus eher auf Abwehr oder auf Kooperation davon abhing. Ein dualistisches System ist zunächst nicht denknotwendig krisen- oder konfliktanfällig. Ein konstitutionelles Regierungssystem des 19. Jahrhunderts mußte nicht notwendigerweise das Maß an Krisen, das in jedem, von Auseinandersetzungen geprägten politischen Leben normalerweise zu erwarten ist, überschreiten. Entscheidend war, ob das Grundverhältnis zwischen den beiden Faktoren Krone und Parlament auf Kooperation oder Konfrontation ausgerichtet war. Diese «Systementscheidung» hing nun gerade nicht von den Normen oder den Institutionen, sondern weitgehend von den handelnden Personen und Gruppierungen bzw. ihren Mentalitäten ab. Die Verfassungsgeschichtsschreibung muß sich deshalb hüten, zu vieles der Struktur des Dualismus zuzuschreiben, was in Wahrheit Entscheidung oder mentale Geprägtheit der handelnden Personen war. Überlebensfähig und auf Dauer erfolgreich – so viel wird man sagen können – war ein dualistisch geprägter Konstitutionalismus nur beim Bestehen eines (Grund)Konsenses[37]. Ein solcher Konsens war, wie Kirsch im Vergleich herausstellt, 1791 in Frankreich nicht vorhanden, dagegen 1830 in Frankreich, 1831 in Belgien und später in Italien. Wie die Situation in den deutschen Monarchien des 19. Jahrhunderts einzuschätzen ist, sollte man nicht vorschnell auf dem Hintergrund der

[37] So zu Recht M. Kirsch, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert*, S. 202.

bisherigen Geschichtsschreibung beantworten, sondern diese Frage ist auf der Basis der (bereits vorgelegten und noch zu erwartenden) vergleichenden Untersuchungen in Europa neu aufzuwerfen. Gerade dabei ist der vergleichende Blick besonders dringlich und fruchtbar, weil er es verhindert, daß im Hinblick auf Deutschland positive oder negative Vorverständnisse eine ausschlaggebende Rolle spielen. Der Blick auf andere Länder erleichtert es, eine Vorstellung vom «Normalmaß» an Kooperation oder Konfliktsanfälligkeit zu entwickeln und im Blick auf die deutschen Verhältnisse weder zu hohe Anforderungen an Harmonie und Kooperation zu stellen noch die Elemente des Lagerdenkens auf der Seite maßgeblicher Monarchen zu übersehen.

4. Wiederum gilt dabei: Wenn im 19. Jahrhundert, insbesondere in der zweiten Hälfte, eine lebendige Beziehung zwischen Monarch und Volk unerläßlich geworden ist, so dürfen als Weg und Mittel dazu nicht nur Formen der repräsentativen, über das Parlament vermittelten Demokratie in Betracht gezogen werden. Ein Band zwischen Monarch und Volk kann auch direkt gesucht und gefunden werden, also in plebiszitären Formen, wobei es der ausdrücklichen plebiszitären Formen gar nicht bedarf, sondern bonapartistische oder auf Akklamation zielende und berechnete Politikformen in der Öffentlichkeit auch ausreichen. Diese an den Parteien vorbeizielenden Variante ist im Kaiserreich durchaus beschritten und mit Erfolg beschritten worden. Die im nachhinein durchweg als falsch, wenn nicht gar verhängnisvoll eingeschätzten öffentlichen Auftritte von Wilhelm II. haben zeitgenössisch immerhin zu einer Resonanz und einem gewissen Konsens-Erfolg geführt. Das Kaiserreich dürfte so stärker integriert gewesen sein, als es der Blick auf das Verhältnis von Kaiser, Bundesrat und Reichsleitung zum Reichstag und den Parteien erkennen lassen könnte. Wenn es heute ein Gemeinplatz ist zu sagen, daß die deutschen Parteien 1918/19 für die parlamentarische Demokratie und deren Kompromißpolitik nicht gerüstet waren und sie von der Macht, die ihnen zufiel, keinen angemessenen Gebrauch machen konnten und wollten, dann hat dies natürlich seine Wurzeln in der Zeit vor 1919. In dieser – notwendigen – Perspektive darf man dann aber das Regierungssystem des Kaiserreichs nicht nur auf das Verhältnis: Monarch + Regierung und parteiengetragenes Parlament verengen. Das Volk war noch in einer anderen Rolle denn als Wahlvolk für die Volksvertretung anwesend. Erneut ist zu betonen, daß die Entwicklungsgeschichte des 19. Jahrhunderts nicht nur von der Alternative monarchisch geprägter Konstitutionalismus mit Vorrang des Monarchen oder Parlamentarismus geprägt war, sondern im Horizont der Zeit auch – im positiven Fall –

eine Art präsidialer Demokratie und im negativen Fall ein charismatisch geprägter Führerstaat – der selbstverständlich ex ante gesehen nicht so aussehen mußte, wie er dann 1933 kam – gestanden hat.

VII. *Vielfalt der Konstellationen und Entwicklungsphasen*

Um die Entwicklungslinien der Zeit besser zu verstehen, bieten sich zwei unterschiedliche Analyseformen an: Zum einen sind die vielfältigen Konstellationen zu typisieren (dazu im folgenden unter 1.). Zum anderen muß der zeitliche Verlauf, die Entwicklungsgeschichte berücksichtigt werden (dazu unter 2.):

1. Die Konstellationen und Positionsveränderungen im Verlauf des 19. Jahrhunderts bis zum Ersten Weltkrieg waren außerordentlich vielfältig und folgten keiner einheitlichen Entwicklungsrichtung[38]. Diese Ausgangsfeststellung ist durch die neuere Forschung in den einzelnen deutschen Staaten vielfach belegt, sie ist geradezu die Quintessenz dieser «Regional»studien[39].

Auf der parlamentarischen Seite reichten die Positionen von der strikten Unterordnung unter die monarchische Regierung über prinzipielle Opposition bis hin zur Tendenz zu einer Regierung des «doppelten Vertrauens» in Baden nach 1860 oder auch der Konvergenz von Regent und Landtag mit der Ernennung des Zentrumspolitikers Hertling zum bayerischen Ministerpräsidenten 1912. Entsprechend unterschiedlich war die Position der monarchischen Regierung zwischen Vorherrschaft, Entsprechung von Regierungsrichtung und parlamentarischer Regierungsmehrheit oder auch labilem Miteinander mit dem Landtag. Eine den gesamten Zeitraum von 1814 bis 1918 bestimmende einheitliche Entwicklungstendenz in Richtung auf eine bestimmte Institutionenordnung – etwa hin zum parlamentarischen Regierungssystem – ist nicht erkennbar. Das 19. Jahrhundert mag als schiefe Ebene hin zur Demokratisierung verstanden werden können, wenn damit die zunehmende Partizipation breiter Bevölkerungsschichten im politischen Bereich und über ihn hinaus gemeint

[38] Einen Gesamtüberblick mit Schwerpunkt bei den Parlamenten gibt etwa J.-D. KÜHNE, *Volksvertretungen im monarchischen Konstitutionalismus (1814-1918)*, in H.-P. SCHNEIDER - W. ZEH (edd), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland. Ein Handbuch*, Berlin 1989, S. 49 ff.

[39] Überblick über die Forschung bis Anfang der neunziger Jahre bei E. FEHRENBACH, *Verfassungsstaat und Nationsbildung 1815-1871*, vor allem S. 71 ff.

ist[40]. Eine schiefe Ebene hin zum parlamentarischen Regierungssystem war es hingegen nicht. Wenn dies häufig in der Historiographie anders gesehen wird, dann wohl deshalb, weil in den zeitgenössischen Kampffronten seit dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts die Alternativen eigengeartetes konstitutionelles Regierungssystem einerseits und parlamentarisches Regierungssystem als die beiden einzigen Möglichkeiten verstanden und diese in der (verfassungs)politischen Debatte zu einer zugespitzten Entgegensetzung stilisiert wurden[41]. Daß die preußischen Monarchen nicht zu einem König eines parlamentarischen Systems wie in England «degenerieren», daß sie «richtige» Monarchen bleiben wollten, trug zu dieser verengenden Perspektive bei. Die im Staatsleben in Baden schon zeitweise verwirklichte Variante der Regierung des doppelten Vertrauens, das schließlich dann ja auch nach 1919 in Weimar praktiziert wurde und heute in besonderer Form in Frankreich wieder praktiziert wird, war praktisch nicht fernliegend, hat aber in der Geschichtsschreibung als mögliche Entwicklungslinie keine hinreichende Aufmerksamkeit gefunden. Deshalb sollte man die Fülle der durchlaufenen Konstellationen genauer in den Blick nehmen:

a. *Landtage als «Regierungsagenturen»*: Zu Beginn des Frühkonstitutionalismus standen die Landtage noch oft ganz im Schatten der Regierungen. Insoweit in Übereinstimmung mit den entsprechenden Bestimmungen der Verfassungen (monarchisches Prinzip) und der zeitgenössischen Staatslehre blieb etwa der württembergische Landtag in den zwanziger Jahren in der Rolle einer «Regierungsagentur», verharrte in einer «Zubringerfunktion» für die monarchische Regierung[42]. Der Landtag blieb trotz seiner

40 Auf dieser Einschätzung beruht letztlich die These von E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, vom «deutschen Typ der konstitutionellen Monarchie» als «Übergangsform» zur parlamentarischen Demokratie, die implizit voraussetzt, daß die Demokratisierung zwangsläufig zum parlamentarischen Regierungssystem führen mußte.

41 Verwunderlich an der neueren Historiographie ist, daß sie, die das Ende kennt, nämlich den Übergang nicht nur zu Republik und Demokratie, sondern zu einem Regierungssystem des doppelten Vertrauens in der Weimarer Republik, eben dieser Alternative im 19. Jahrhundert dort, wo sie schon angelegt und teilweise sogar verwirklicht war, zu wenig Aufmerksamkeit schenkt, sondern sehr stark und zu stark auf die Hauptlinie der damaligen verfassungspolitischen Debatte orientiert ist. Musterbeispiel dieser retrospektiven Stilisierung ist die ihrerseits politisch-polemische Perspektive von C. SCHMITT, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des Zweiten Reiches. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten*, Hamburg 1934.

42 H. BRANDT, *Parlamentarismus in Württemberg 1819-1870*, S. 454 ff.; G. CORDES, *Württembergischer Landtag bis 1918*, in LANDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG BADEN-

Mitwirkungsbefugnisse bei Gesetzgebung und Budget in einer untergeordneten Rolle. Auch später noch, etwa in der Reaktionszeit nach dem Scheitern der Revolution von 1848, konnten die Landtage zeitweise in eine solche Rolle hineingeraten, dann eher als «Erfüllungsgehilfen staatlicher Reaktion»[43].

b. *Regierung als «Wahlpartei»*: Insbesondere im Vormärz gab es auch Tendenzen zu einem System, in dem die Regierung aktiv in die Wahlkämpfe eingriff, um eine parlamentarische Mehrheit für ihre Politik zu erreichen, etwa in Württemberg 1833[44]. Derartige Tendenzen, die der massiven Wahlbeeinflussung durch die monarchische Regierung etwa in der französischen Julimonarchie entsprachen, setzten sich aber wegen der festgehaltenen Rolle des Monarchen und der Regierung «über den Parteien» in Deutschland nicht dauerhaft durch.

c. *Landtage als Grundsatzopposition*: Der Landtag konnte sich aber auch als Grundsatzopposition zur Regierung, als ihr prinzipielles Gegenüber verstehen. So hat etwa Lothar Gall gezeigt, wie stark dieses Selbstverständnis der Parlamentarier gerade im radikalen badischen Liberalismus – beispielsweise bei Karl von Rotteck – entwickelt war[45]. Hier war für die Landtage nicht etwa die schrittweise Herausbildung einer parlamentarischen Regierungsmehrheit von Bedeutung, sondern ihre Rolle als genereller liberaler Widerpart der Regierung. Es gab nicht Regierungsmehrheit und Opposition innerhalb des Landtags, sondern der gesamte Landtag verstand sich als liberale Opposition gegenüber der monarchischen Regierung. Die im Frühliberalismus weit verbreitete strikte Gegenüberstellung von monarchischem Staat und bürgerlicher Gesellschaft

WÜRTTEMBERG (ed), *Von der Ständeversammlung zum demokratischen Parlament. Die Geschichte der Volksvertretungen in Baden-Württemberg*, Stuttgart 1987, S. 129 f.

[43] Vgl. für Sachsen G.H. BÖCKSTIEGEL, *Volksrepräsentation in Sachsen. Zur Entwicklung der Repräsentation des sächsischen Volkes von 1789-1850*, München 1997; A. NEEMANN, *Landtag und Politik in der Reaktionszeit. Sachsen 1849/50-1866*, Düsseldorf 2000, S. 233; C. GOLDT, *Parlamentarismus im Königreich Sachsen. Zur Geschichte des Sächsischen Landtages 1871-1914*, Münster 1996.

[44] H. BRANDT, *Parlamentarismus in Württemberg 1819-1870*, S. 127; vgl. zum «Parlamentarismus der Krone» in Württemberg auch F. MÖGLE-HOFACKER, *Zur Entwicklung des Parlamentarismus in Württemberg. Der «Parlamentarismus der Krone» unter König Wilhelm I.*, Stuttgart 1981.

[45] L. GALL, *Das Problem der parlamentarischen Opposition im deutschen Frühliberalismus*, in *Politische Ideologien und nationalstaatliche Ordnung. Festschrift Theodor Schieder*, München 1968, S. 153 ff.

verstärkte diese Oppositionshaltung[46]. Die Kontrolle durch die Landtage konnte dabei in der Praxis in vielfältige Formen der Mitbestimmung übergehen, während die Liberalen die Forderung nach parlamentarischen Regierungen nicht zu ihrem Programm erhoben[47].

d. *Landtage als «Bewegungspartei»*: Teilweise in Entsprechung zur Rolle als Grundsatzopposition wuchsen die Landtage im Vormärz oft in die Rolle der «Bewegungspartei» gegenüber Monarchie und Bürokratie hinein[48]. Die Landtage verstanden sich im Einklang mit der liberalen Verfassungsbewegung als die Verkörperung des Kommenden, der historisch fortschrittlichen Kräfte. Die die Landtage dominierenden Liberalen waren die «drängende Partei»[49] gegenüber einer defensiv wahrgenommenen und oft auch defensiv agierenden Monarchie und Bürokratie.

e. *Regierung des «doppelten Vertrauens» von Monarch und Landtag*: Die stärkste Entwicklung hin zum parlamentarischen Regierungssystem nach der Revolution von 1848 gab es in den sechziger Jahren in Baden, insbesondere mit dem Eintritt des liberalen Wortführers August Lamey als Innenminister in die Regierung 1860. Hier bahnte sich eine Praxis des konstitutionellen Systems an, in der der Monarch die Regierung in Übereinstimmung, wenn auch nicht unbedingt in Absprache mit der Landtagsmehrheit bestimmte. In der Tendenz entwickelte sich hier eine Regierung des «doppelten Vertrauens», in der der Monarch auf den Einklang der ernannten Regierung mit der Landtagsmehrheit achtete. Bereits mit der Regierung Jolly 1868 kehrte der Großherzog aber zur Regierungsbildung ohne parlamentarische Einflußnahme zurück[50].

f. *Landtage als «Partner» der Regierung*: Insbesondere die süddeutschen Landtage (Württemberg, Baden, Bayern) wuchsen in der Zeit des Kaiserreichs mehr und mehr in die Rolle eines selbstbewußten «Partners»

[46] H. BRANDT, *Der lange Weg in die demokratische Moderne. Deutsche Verfassungsgeschichte von 1800 bis 1945*, Darmstadt 1998, S. 90 f.

[47] H. BRANDT, *Parlamentarismus in Württemberg 1819-1870*, S. 803.

[48] Vgl. H. BOLDT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. 2: *Von 1806 bis zur Gegenwart*, München 1990, S. 87 f.

[49] Vgl. G. GRÜNTHAL, *Parlamentarismus in Preußen 1848/49-1857/58. Preußischer Konstitutionalismus, Parlament und Regierung in der Restaurationsära*, Düsseldorf 1982, S. 476.

[50] Hierzu umfassend und grundlegend L. GALL, *Der Liberalismus als regierende Partei: das Großherzogtum Baden zwischen Restauration und Reichsgründung*, Wiesbaden 1968.

der Regierung hinein[51]. Die sich verstärkende Kooperation von Regierung und Landtagen bedeutete aber nicht, daß sich die Berufung eines Ministerpräsidenten aus der Parlamentsmehrheit durchgesetzt hätte. Nicht einmal ein konsequentes System des «doppelten Vertrauens» für die Regierung durch Monarch und Landtag behauptete oder entwickelte sich. Auch die gesellschaftliche Entwicklung wie die des Parteiensystems – in Bayern etwa das Gegenüber von gouvernementalliberaler Bürokratie und katholisch-populistischer Landtagsmehrheit[52] – verhinderte einen Übergang zum parlamentarischen Regierungssystem. Aber gerade in den süddeutschen Bundesstaaten entwickelte sich der Dualismus des konstitutionellen Systems von einem eher feindlichen zu einem eher kooperativen Dualismus, wie er etwa auch in der Ernennung Hertlings zum bayerischen Ministerpräsidenten 1912 seinen Ausdruck fand.

2. Der Blick auf die Vielfalt der Konstellationen ist durch die diachrone Entwicklungsgeschichte zu ergänzen. Konstitutionalismus war in der noch halb ständischen deutschen Gesellschaft von 1820 etwas völlig anderes als in der entstehenden dynamischen Industriegesellschaft um 1900:

a. *Vormärz und Revolution von 1848*: Der Vormärz und die Zeit der Revolution von 1848 lassen am stärksten eine Entwicklung erkennen, in der sich der konstitutionelle Dualismus allmählich auf ein parlamentarisches Regierungssystem zubewegte. Der Einflußgewinn der Landtage, insbesondere nach der zweiten Verfassungswelle im Gefolge der Pariser Julirevolution von 1830, war entwicklungsoffen, mündete jedoch schließlich mit einer gewissen Konsequenz in die zeitweilig parlamentarisierten Ministerien von 1848[53]. Die Landtage wirkten aber keineswegs konsequent auf die Herausbildung parlamentarischer Regierungssysteme hin und selbst Regierungen, die überwiegend aus Parlamentariern bestanden, wurden nicht als parlamentarische Regierungen im Sinne des britischen Systems verstanden; die enge Verkopplung von Regierung und Parlamentsmehrheit wurde kaum als Voraussetzung des parlamentarischen Regierungssystems wahrgenommen. Noch vorsichtiger verlief die begleitende Theorieentwicklung, die insbesondere bei den Autoren des

[51] Formulierung für Württemberg bei G. CORDES, *Württembergischer Landtag bis 1918*, S. 142.

[52] Dazu eingehend K. MÖCKL, *Die Prinzregentenzeit. Gesellschaft und Politik während der Ära des Prinzregenten Luitpold in Bayern*, München 1972.

[53] Vgl. dazu insgesamt M. BOTZENHART, *Deutscher Parlamentarismus in der Revolutionszeit 1848-1850*, Düsseldorf 1977.

«organischen Liberalismus» regelmäßig ein institutionell wenig konkretes organisches Miteinander von Monarch und Landtag beschwor[54]. Zu beachten ist dabei auch, daß Einwirkungen des Deutschen Bundes und seiner Hauptmächte eine raschere innere Entwicklung in den mittleren und kleineren Staaten verhinderten oder erschwerten.

Am Ende des Revolutionsjahrs 1848 und seiner parlamentarischen Beratungen waren wichtige Formen der Parlamentsgliederung, des parlamentarischen Verfahrens entwickelt und eingeübt, die Partei und Verbandspolitik im Rahmen und Umfeld der Revolution bedeutete ein Stück Modernisierung[55]. Die Debatten und Beratungen schufen auch Formen des Umgang mit den Regierungen, wenn auch mehr in den Ein-zelstaaten als in der Paulskirche selbst, deren eigentliche Kontrahenten – Preußen und Österreich – ja mit dem Parlament nicht in geregelten Beziehungen standen, was sicherlich zu ihrem letztlichen Scheitern beitrug. Weil die neuere Forschung die bisherigen Annahmen über die Rolle der Parlamente beträchtlich verändert hat, sei an dieser Stelle Elisabeth Fehrenbach mit ihrer dichten Zusammenfassung der neueren Ergebnisse zitiert: Obwohl die Paulskirche unter dem Druck sehr widersprüchlicher und überfordernder Erwartungen in ihrem Ansehen seit dem September 1848 sank, «ist aus dem historischen Rückblick ein Verfassungswerk zu würdigen, das den parlamentarischen Kompromiß erfolgreich erprobte und demokratischer ausfiel, als es in den ersten konstitutionell-liberalen Verfassungsentwürfen vorgesehen war. Das Klischee vom redseligen und tatenlosen 'Professorenparlament' trifft, wie wir heute wissen, nicht zu. Das junge Parlament entwickelte organisatorische Strukturen, die über den Honoratiorenstil hinauswiesen. Es entstand, noch unsicher in der Theorie, aber konsequent in der Praxis 'ein pragmatisch gehandhabter improvisierter Parlamentarismus' (M. Botzenhart), jenseits des konstitutionellen Regierungssystems»[56]. Die Praxis des Vormärz wie der Revolutionszeit hatte beträchtliche Einübungs- und Lerneffekte.

b. *Liberalismus als «regierende Partei» in den sechziger Jahren (Baden)*: Einer Parlamentarisierung am nächsten kam nach 1848 vor allem Baden. In den sechziger Jahren wurden hier einzelne Parlamentarier in die Regierung berufen, die sich bemühte, im Einvernehmen mit der liberalen Landtagsmehrheit zu regieren. Eine feste, die Regierung tragende

[54] Vgl. zur Theorieentwicklung insgesamt H. BOLDT, *Deutsche Staatslehre im Vormärz.*

[55] E. FEHRENBACH, *Verfassungsstaat und Nationsbildung 1815- 1871*, S. 51.

[56] *Ibidem.*

Parlamentsmehrheit bildete sich in den sechziger Jahren aber nicht heraus, zumal die inneren Konflikte der Liberalen an Schärfe zunahmen (Auseinandersetzung mit der katholischen Kirche und um die großdeutsche oder kleindeutsche Lösung der deutschen Frage). Auch war die Führungsrolle des Großherzogs zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt. Dies geschah auch deshalb nicht, weil Baden sich zunehmend in einem anderen nationalpolitischen Umfeld befand und viele Liberale mit dem nationalliberalen Kurs der Regierung übereinstimmten. Es bildete sich auch bei den Liberalen nicht etwa ein Verständnis des konstitutionellen Systems heraus, nach dem der Großherzog regelmäßig eine Regierung aus der Parlamentsmehrheit heraus zu berufen hatte. Der Großherzog konnte denn auch 1868 wieder zu einer stärker konstitutionellen Regierungsweise zurückkehren, ohne seinen nationalliberalen Regierungskurs deshalb aufzugeben[57].

Baden war in dieser Hinsicht zwar das am meisten fortgeschrittene deutsche Land, es bildete aber jedenfalls im süddeutschen Kontext keine völlige Ausnahme. Insbesondere in Württemberg bewegte sich die Regierung Varnbühler zwischen 1864 und 1870 – wie bereits dreißig Jahre früher das Kabinett Schlayer – «in den Grenzregionen des konstitutionellen Systems»[58], ohne daß es aber zur Durchsetzung bindender Mißtrauensvoten kam. In den «langen sechziger Jahren zwischen 1857/58 und 1871»[59] entwickelte sich das konstitutionelle System mit einer außerordentlichen Dynamik. Diese wurde erst durch den preußischen Verfassungskonflikt abgestoppt und dann zunehmend von der Frage der nationalen Einigung überlagert. Etwas von dieser Dynamik war aber auch im «Vereinbarungsparlamentarismus» des Reichstags des Norddeutschen Bundes spürbar[60], und sie wirkte auch in den national-liberal geprägten siebziger Jahren auf Reichsebene noch deutlich fort. Ob dieser Einflußgewinn der Landtage bzw. des Reichstags mit Notwendigkeit in ein parlamentarisches Regierungssystem hätte einmünden müssen, ist zweifelhaft. Ein parlamentarisches Regierungssystem nach Westminster-

[57] Dazu umfassend L. GALL, *Der Liberalismus als regierende Partei: das Großherzogtum Baden zwischen Restauration und Reichsgründung* (Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz, 47), Wiesbaden 1968.

[58] H. BRANDT, *Parlamentarismus in Württemberg 1819-1870*, S. 791; DERS., *Der lange Weg in die demokratische Moderne*, S. 120.

[59] H. BRANDT, *Der lange Weg in die demokratische Moderne*, S. 120.

[60] Dazu K.E. POLLMANN, *Parlamentarismus im Norddeutschen Bund 1867-1870*, Düsseldorf 1985, S. 11.

Vorbild schwebte jedenfalls den zeitgenössischen Liberalen als den treibenden Kräften der Entwicklung nicht vor, auch nicht der Landtagsmehrheit im preußischen Verfassungskonflikt[61]. Der offene oder stille Einflußgewinn der Parlamentarier konnte sich vielmehr am ehesten bis zu einer Art negativem Parlamentarismus steigern, einer Vetoposition gegenüber einer bestimmten Regierung. Um mehr zu erreichen, hätte es entweder der Kooperationsbereitschaft der Monarchen oder aber eines entschlossenen Kampfes um die Regierungsverantwortung bedurft. An beidem hat es überwiegend gefehlt. Später, unter den Bedingungen von Nationalstaatsbildung, allgemeinem Wahlrecht bei Reichstagswahlen, Industrialisierung und Anwachsen der Sozialdemokratie, parteipolitischer Formierung des konfessionellen Zwiespalts durch die Zentrumspartei und des entstehenden Imperialismus veränderten sich die Konfliktlinien, die in den sechziger Jahren noch eine gewisse Aussicht auf eine schrittweise Parlamentarisierung eröffnet hatten. Neue Akteure und Konflikte machten eine Parlamentarisierung nun unwahrscheinlicher statt wahrscheinlicher[62].

c. *Kaiserreich*: In der Zeit des Kaiserreichs wandelten sich die Entwicklungsbedingungen des konstitutionellen Systems grundlegend. Zum einen gewann nun die Ebene des neugegründeten Reiches gegenüber den Bundesstaaten immer mehr an Bedeutung. Die Verfassungsentwicklung der Bundesstaaten wurde durch das Reich mitgeprägt, auch wenn sie keineswegs gleichförmig verlief. Zum anderen verschoben zunehmende Industrialisierung und Demokratisierung auch die politischen Gewichte gegenüber der Zeit des Vormärz und des preußischen Verfassungskonflikts. Hier traten der monarchischen Bürokratie nun nicht mehr auf der Grundlage eines Zensuswahlrechts gewählte bürgerlich-liberale Kammern gegenüber wie noch im preußischen Verfassungskonflikt; das Muster «Bewegungspartei» contra «Beharrungspartei» kann die damalige Realität nicht mehr erfassen. Vielmehr entstanden durch Industrialisierung und Demokratisierung die ersten modernen deutschen Massenparteien: die Sozialdemokratie und das Zentrum. Unter diesen Umständen verlor das Ziel einer Parlamentarisierung für das liberale Bürgertum zunehmend an Interesse, zumal sich in den Interessenverbänden neue politische Zentren außerhalb des Parlaments auftaten. Hinzu kam für die Reichsebene, daß

61 Vgl. dazu H. BOLDT, *Verfassungskonflikt und Verfassungshistorie. Eine Auseinandersetzung mit Ernst Rudolf Huber*, in E.W. BÖCKENFÖRDE (ed), *Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert* (Der Staat, Beiheft 1), Berlin 1975, S. 75-102, hier S. 77 ff.

62 Vgl. dazu C. SCHÖNBERGER, *Das Parlament im Anstaltsstaat.* S. 189 ff.; DERS. *Die überholte Parlamentarisierung*, S. 650 ff.

die föderale Organisationsstruktur des Reiches und die dabei zentrale Stellung des Bundesrates einer Parlamentarisierung stark entgegenwirkte, obwohl das Reich einen starken Unitarisierungsprozeß durchlief[63]. Denn die Reichsleitung war ja nach der Bismarckschen Verfassungskonstruktion in den Bundesrat eingebunden, dieser schirmte sie sozusagen gegenüber dem Reichstag ab; schon deshalb konnte die Reichsleitung auch nicht wirksam parlamentarisch zur Verantwortung gezogen werden. Die rechtlich zentrale Stellung des Bundesrates – bei Gesetzgebung und Verwaltungsgeschäften – bot den Anhängern des konstitutionellen Systems daher gute verfassungsrechtliche Argumente gegenüber allen Parlamentarisierungstendenzen[64]. Der Unitarisierungsprozeß verschaffte zudem der Monarchie in Gestalt des Kaisertums eine neue, nationale – wenn auch brüchige, weil an Erfolge geknüpfte – Legitimität, an der der Reichstag nicht in vergleichbarer Weise partizipieren konnte[65]. Es entstand ein komplexes institutionelles Gefüge, das es dem konstitutionellen System erlaubte, unter völlig gewandelten Bedingungen in liberalisierter Form fortzubestehen.

– Reichsebene: Auf der Reichsebene gewann der Reichstag über Gesetzgebung und Budgetrecht zunehmend an Einfluß, insbesondere seit der Jahrhundertwende. Dieser Einflußgewinn[66] wirkte aber nicht in Richtung auf ein parlamentarisches Regierungssystem, sondern entsprach eher dem dualistischen Regierungssystem der Vereinigten Staaten. Im komplexen Institutionengefüge des Reiches mußten immer neue Konsense zwischen vielfältigen Akteuren hergestellt werden; unter diesen Akteuren fiel dem

[63] Vgl. dazu E. KAUFMANN, *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung (1917)*, in: DERS., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1: *Autorität und Freiheit. Von der konstitutionellen Monarchie zur Bonner parlamentarischen Demokratie*, Göttingen 1960, S. 143 ff.; G. LEHMBRUCH, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, Wiesbaden 1998², S. 59 ff. Die Unitarisierung wird eingehend analysiert in den Arbeiten von M. RAUH, *Föderalismus und Parlamentarismus im Wilhelminischen Reich*, Düsseldorf 1973; DERS., *Die Parlamentarisierung des Deutschen Reiches*, Düsseldorf 1977, der aber zu Unrecht annimmt, die Unitarisierung habe zu einer «stillen» Parlamentarisierung des Reiches geführt.

[64] Siehe dazu H. BOLDT, *Deutscher Konstitutionalismus und Kaiserreich*, in J. KUNISCH (ed), *Bismarck und seine Zeit*, Berlin 1992, S. 83 ff.

[65] Vgl. dazu H. BOLDT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. 2, S. 200 ff.; E. FEHRENBACH, *Wandlungen des deutschen Kaisergedankens (1871-1918)*, München 1969, S. 89 ff.; C. SCHÖNBERGER, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, S. 183 ff.

[66] Zusammenfassend etwa H.-U. WEHLER, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Bd. 3, Frankfurt a.M. 1995, S. 1038 ff.

Reichstag eine bedeutende Rolle zu, ohne daß er diese Rolle für einen schrittweisen Übergang zum parlamentarischen Regierungssystem genutzt hätte oder hätte nutzen können.

Man darf die deutsche Entwicklung dabei nicht nach dem idealisierten Modell des britischen parlamentarischen Regierungssystems beurteilen und sich nur für Annäherungen und Abweichungen im Hinblick auf dieses Modell interessieren. Ergiebiger dürfte insoweit der Vergleich mit der Habsburgermonarchie, den kleineren Nachbarländern Deutschlands (Schweiz, Belgien, Niederlande, Dänemark) aber auch – im Hinblick auf die Strukturen dualistischer Regierungssysteme – mit den Vereinigten Staaten sein. Dieser Vergleich kann erklären, warum sich ein liberalisiertes konstitutionelles System herausbildete, in dem der Reichstag über Gesetzgebung und Budget zwar an Einfluß gewann, ohne daß die Entwicklung jedoch hin zum parlamentarischen Regierungssystem verlief[67].

– Ebene der Bundesstaaten: Auf der Ebene der Bundesstaaten war die Entwicklung im Verlauf des Kaiserreichs höchst unterschiedlich; hier standen insbesondere Wahlrechtskontroversen im Vordergrund, die um die Anpassung der – restriktiven – Landtagswahlrechte an das demokratisch fortschrittliche Reichstagswahlrecht kreisten. In Preußen ergab das Dreiklassenwahlrecht seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert regelmäßig konservative Landtagsmehrheiten, deren retardierende Funktion noch durch den Einfluß des Herrenhauses verstärkt wurde[68]. Im «roten Königreich» Sachsen wurde immer wieder das Wahlrecht geändert, um die Sozialdemokratie aus dem Landtag fernzuhalten, die gleichzeitig einen Großteil der sächsischen Reichstagsmandate errang[69]. Ein liberaleres, kooperativeres Verhältnis von Landtag und Regierung entwickelte sich hingegen vor allem in den süddeutschen Bundesstaaten (Baden, Württemberg, Bayern), wo auch die Sozialdemokratie stärker eingebunden und

[67] Vgl. dazu C. SCHÖNBERGER, *Die überholte Parlamentarisierung*, S. 659 ff.

[68] Vgl. dazu T. KÜHNE, *Dreiklassenwahlrecht und Wahlkultur in Preußen 1867-1914. Landtagswahlen zwischen korporativer Tradition und politischem Massenmarkt*, Düsseldorf 1994; H. SPENKUCH, *Das Preußische Herrenhaus. Adel und Bürgertum in der Ersten Kammer des Landtages 1854-1918*, Düsseldorf 1998.

[69] Vgl. J. RETALLACK, *Antisocialism and Electoral Politics in Regional Perspective: The Kingdom of Saxony*, in J. RETALLACK - L.E. JONES (edd), *Elections, Mass Politics and Social Change in Modern Germany*, Cambridge 1992, S. 49 ff.; C. GOLDT, *Parlamentarismus im Königreich Sachsen*; G.A. RITTER, *Wahlen und Wahlpolitik im Königreich Sachsen 1867-1914*, in S. LÄSSIG - K.H. POHL (edd), *Sachsen im Kaiserreich. Politik, Wirtschaft und Gesellschaft im Umbruch*, Weimar 1997, S. 29 ff.

pragmatischer eingestellt war als etwa in Preußen oder Sachsen[70]. Ein Übergang zum parlamentarischen Regierungssystem fand aber auch dort nicht statt. Bezeichnenderweise war beispielsweise der Zentrumsführer Georg Hertling, der 1912 bayerischer Ministerpräsident wurde, ein Gegner des parlamentarischen Regierungssystems[71].

VIII. *Vorläufige Bilanz*

Die Einsicht, daß das konstitutionelle System ein labiles Gefüge war, in dem vielfältige Bewegungen stattfinden konnten, muß auch Konsequenzen für eine mit begrifflich-juristischen Kategorien arbeitende Verfassungsgeschichtsschreibung haben. Diese hat lange Zeit versucht, den – deutschen – Typ der konstitutionellen Monarchie herauszuarbeiten. Sie knüpfte dabei – mit positivem oder negativem Akzent – an die konservativkonstitutionelle Ausdeutung des monarchischen Prinzips an, die in der deutschen Staatslehre in den dreißiger und vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts bei Friedrich Bülau und Friedrich Julius Stahl entwickelt worden war und sich im beginnenden Kaiserreich dann als wissenschaftlicher Staatsformbegriff durchsetzte[72]. Diese Ausdeutung diente im Vormärz gerade dazu, dem Einflußgewinn der Landtage und einer verstärkten Kooperation von Monarchen und Kammern entgegenzuwirken. Gegenüber den stattfindenden Bewegungen wurde die Statik eines festliegenden Systems der konstitutionellen Monarchie hervorgehoben. Indem die Verfassungsgeschichtsschreibung an diese Typenbildung anknüpfte, konnte sie die vielfältigen Bewegungen im Konstitutionalismus, erst recht die völlig veränderte Verfassungslage im Deutschen Kaiserreich, nicht mehr adäquat mitvollziehen. Das gelang ihr auch dann nicht, als sie nun einfach die Vorstellung von einem deutschen Typ der konstitutionellen Monarchie

[70] H. FENSKE, *Baden 1860-1918*, in H. SCHWARZMAIER (ed), *Handbuch der Baden-Württembergischen Geschichte*, Stuttgart 1992, S. 154 ff., dort auch zum «Großblock»: S. 195 ff.; E. NAUJOKS, *Württemberg 1864 bis 1918*, *ibidem*, S. 333 ff. (408 ff.); vgl. auch: B. HECKART, *From Bassermann to Bebel. The Grand Bloc's Quest for Reform in the Kaiserreich 1900-1914*, New Haven CT 1974.

[71] Zu Hertlings ablehnender Position gegenüber dem parlamentarischen Regierungssystem in seiner Zeit als bayerischer Ministerpräsident – und später als Reichskanzler im Ersten Weltkrieg – siehe E. DEUERLEIN, *Deutsche Kanzler von Bismarck bis Hitler*, München 1968, S. 193 ff., 203, 216.

[72] Zur Theoriegeschichte und ihrem jeweiligen verfassungsgeschichtlichen Kontext siehe für den Vormärz H. BOLDT, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*; für die Zeit des Kaiserreichs: C. SCHÖNBERGER, *Das Parlament in Anstaltsstaat*, insbesondere, S. 71 ff.

mit negativen Vorzeichen versah und ihn als bloße Übergangsform zur parlamentarischen Demokratie begriff. Denn weil sie – wie schon Stahl – nur zwei statische Modelle, Konstitutionalismus oder Parlamentarismus, kannte, blieb sie von der Stahlschen Tradition auch da abhängig, wo sie den von Stahl perhorreszierten Parlamentarismus zum notwendigen Ziel der Entwicklung erklärte. Denn damit wurde ja erklärungsbedürftig, wieso es denn in der ganzen konstitutionellen Epoche gerade nicht zum parlamentarischen Regierungssystem gekommen ist, obwohl die Entwicklung doch nach dieser Deutung offenbar naturgemäß darauf zulaufen mußte. So blieb selbst die These, die deutsche konstitutionelle Monarchie sei eine bloße Übergangsform gewesen, noch negativ auf die Begriffsbildung der deutschen Staatslehre des 19. Jahrhunderts fixiert. Sie teilt damit deren Schwierigkeiten, die Realentwicklung zu erfassen. Die Vorstellung von einem – mit der konservativkonstitutionellen Kampfposition des 19. Jahrhunderts identischen – Typ der konstitutionellen Monarchie friert die reale Bewegung und Bewegungsoffenheit im festen Typus ein, und diesem Einfrieren entgeht auch eine Deutung nicht, nach der gerade die so auf den Begriff gebrachte konstitutionelle Monarchie gewissermaßen *en bloc* im Übergang zur parlamentarischen Demokratie gewesen sein soll. Denn sie muß jetzt die Realentwicklung von dem vermeintlich klaren Ergebnis her deuten, dem parlamentarischen Regierungssystem, und deshalb etwa den budgetrechtlichen Einflußgewinn von Landtagen oder Reichstag mit scheinbarer Selbstverständlichkeit als Schritt hin zum parlamentarischen Regierungssystem verstehen[73], ohne hinreichend in Erwägung zu ziehen, daß Einflußgewinn des Parlaments und erhöhte Chancen für einen Übergang zum parlamentarischen Regierungssystem nicht einfach dasselbe sein müssen[74]. Die Verfassungsgeschichtsschreibung muß natürlich nicht auf Begriffe und Begriffsbildung verzichten. Sie darf diese Begriffe aber nicht einfach den politisch-theoretischen Konzeptionen des 19. Jahrhunderts – und zumal nicht nur denen der konservativen Interpreten – entlehnen, die die zeitgenössische Realität in vielem nicht nur nicht wiedergaben, sondern sie in verfassungspolitischer Absicht

[73] E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, S. 293 ff.

[74] Der Einflußgewinn des Parlaments als budgetrechtlicher Faktor mußte nicht notwendig einen Übergang zum parlamentarischen Regierungssystem begünstigen, ja er konnte konstitutionelle Strukturen neu verfestigen. Das gilt insbesondere für den Reichstag unter den Bedingungen des entstehenden Interventionsstaats: H. BOLDT, *Deutscher Konstitutionalismus und Bismarckreich*, in M. STÜRMER (ed), *Das kaiserliche Deutschland*, Düsseldorf 1970, S. 119 ff., 134; C. SCHÖNBERGER, *Die überholte Parlamentarisierung*, S. 643 f.

geradezu verzerrten und entstellten; auch die lediglich andere Bewertung dieser Konzeptionen bleibt von ihnen abhängig und kann sich nicht von ihren Kategorien lösen. Erst wenn man aber diese Kategorien nicht einfach übernimmt, läßt sich das Bewegungsgefüge zwischen Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert in seiner ganzen Entwicklungsoffenheit neu erfassen. Die Antwort auf die Chancen und Probleme der Entwicklung im langen deutschen 19. Jahrhundert gibt dann nicht länger ein vermeintlich starrer Typ des deutschen Konstitutionalismus, sondern die Analyse der einzelnen Bewegungsschritte und sich neu herausbildenden institutionellen Strukturen in der jeweiligen Phase der Entwicklung.

Un Parlamento introvabile? Sulle tracce del sistema rappresentativo sardo-italiano in regime statutario 1848-1915

di *Roberto Martucci*

I. Un parlamento introvabile nella gestione dell'emergenza

1. *Premessa: significato di una definizione*

Cosa intendo per «Parlamento introvabile»? Il titolo da me scelto per questo saggio richiama accidentalmente la *Chambre introuvable* della Restaurazione francese. Anche se, nella mia accezione, Parlamento introvabile si riferisce, piuttosto, alla debolezza complessiva di questo soggetto rappresentativo nell'assetto dei poteri pubblici, quale viene delineandosi tra il 1848 nel Regno di Sardegna e il 1915 nel Regno d'Italia[1].

Introvabile e debole per più ragioni. Vediamo di esaminarle brevemente. Innanzi tutto, nell'accezione letterale del termine, la nozione di «introvabile» evoca un soggetto che non c'è: vuoi perché deputati e senatori disertano i lavori parlamentari[2], vuoi perché i palazzi abitati dai parlamentari sono chiusi per aggiornamento o, meglio ancora, per proroga della sessione. Un giurista di età giolittiana, Ippolito Santangelo Spoto, scrivendo nel 1907 ha richiamato la nostra attenzione sul fatto che della proroga hanno abusato Cavour e Crispi e, probabilmente, anche Depretis[3].

Se, infatti, lo scioglimento della Camera elettiva obbligava il re a convocare le elezioni legislative entro quattro mesi (art. 9 Statuto), viceversa, la proroga della sessione consentiva uno scarrellamento dei lavori parlamentari più indolore.

[1] Come sanno gli addetti ai lavori, la bibliografia riguardante gli aspetti istituzionali e politici dei decenni qui tratteggiati è vastissima e, in parte, ne ho dato conto in due miei libri richiamati nelle note successive. Tale bibliografia va opportunamente integrata da fonti preziosissime – anche se, talora, misconosciute – come Almanacchi reali e ministeriali, Atti parlamentari, epistolari e carteggi vari. Per queste ragioni, e per non appesantire un testo fin troppo lungo, mi limiterò ai richiami bibliografici strettamente indispensabili.

[2] Cfr. *infra*, III.4, «L'assenteismo parlamentare».

[3] I. Santangelo Spoto, *Parlamento*, in *Il Digesto italiano*, XVIII, parte I, Torino 1906-1910, pp. 272-277.

Ma quello italiano fu un «Parlamento introvabile» anche per una seconda ragione, legata alla sua legittimazione che fu fortemente censitaria dall'Unità alla riforma Zanardelli e, quindi, rappresentativamente deficitario rispetto al paese reale. Vale a dire che dal 1861 al 1882 una legittimazione debole riconduceva i deputati alla loro esclusiva natura di notabili cooptati dal Ministero e li trasformava, di fatto (anche se con le dovute eccezioni), in ostaggi della decisione governativa nei casi di proroga della sessione, rendendo marginali e ininfluenti eventuali proteste di singoli rappresentanti. Né il quadro cambierà in misura significativa quando ai mezzadri delle campagne e agli strati artigiani e piccolo-impiegatizi verrà riconosciuto il diritto di voto politico, grazie alla riforma Zanardelli del 1882 che arrivò a quintuplicare il numero di elettori. Anzi, proprio in questa fase, si registrerà l'uso più spregiudicato della proroga da parte di Francesco Crispi, che permetterà alla Camera di riunirsi solo undici volte nell'intera seconda sessione della XVIII legislatura. Né, tanto meno, l'introduzione sostanziale del suffragio universale maschile (Giolitti, 1913) modificherà il peso della Camera elettiva: basti solo pensare al Parlamento che non è in sessione nell'immediata vigilia dell'entrata in guerra dell'Italia nel maggio 1915.

Ma è, indubbiamente, la fase iper-censitaria del primo ventennio postunitario quella che pone le premesse di un ridotto peso politico dell'unica Camera rappresentativa nel delicatissimo ventennio instaurativo del nuovo Regno d'Italia.

Si obietterà che censitario era già stato il percorso istituzionale degli Stati di riferimento a regime rappresentativo – Inghilterra, Francia, Belgio – fino agli anni Sessanta del XIX secolo. Eppure, si dimentica di ricordare che il caso italiano presentava evidenti peculiarità obbligando alla convivenza, in un contesto unitario, popoli fino a quel momento appartenenti a differenti e antinomiche realtà statali prima dell'esplosione della crisi d'indipendenza del 1859-1860[4]. Il suffragio universale – già utilizzato massicciamente per impulso di Cavour nei plebisciti di annessione – se adottato per le elezioni legislative a partire dal 1861, avrebbe giocato un ruolo di fondamentale aggregazione di un unico popolo italiano.

Introvabile, ancora, il Parlamento italiano lo fu nella gestione delle emergenze di ordine pubblico. La monarchia liberale ne conobbe sostanzialmente due. La prima, relativa al cosiddetto brigantaggio postunitario degli

[4] Sul punto si rinvia a R. MARTUCCI, *L'invenzione dell'Italia unita 1855-1864*, Milano 1999.

anni 1861 e seguenti, ambiguamente intrecciato con forme di insurrezione contadina e di ribellismo severamente represse dall'esercito sardo-italiano. La seconda, legata ai complessi meccanismi della crisi di fine secolo che abbracciò l'ultimo ritorno di Francesco Crispi al potere (1893), la sua difficile successione (Rudinì 1896-1898), l'ultimo ricorso a un governo militare (Pelloux 1898-1900) durante la monarchia liberale.

Introvabile, infine, il Parlamento italiano lo fu in alcuni delicati momenti di politica estera. Così, il Regno d'Italia si troverà coinvolto nel disastro coloniale di Adua a Camere chiuse. E, del pari, il paese ignorerà le clausole della Triplice alleanza (1882) e si troverà coinvolto nella Grande guerra sempre all'insaputa delle Camere – per di più giolittiane e neutraliste – secondo una linea che partiva dalla cessione di Nizza e della Savoia alla Francia (1860) e che comportava la comunicazione alle Camere dei trattati internazionali con una ambigua clausola limitativa: «tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano» (art. 5 Statuto). E se «nol» permettevano? L'interrogativo sarà sciolto al momento opportuno[5].

2. *La gestione delle emergenze statutarie*

Tanto il lungo stato d'assedio meridionale del 1861-1865[6] (configurantesi alla stregua di una vera e propria sospensione dello Statuto nelle province napoletane), quanto il 'piccolo' stato d'assedio del 1866-1870 sono sottratti al sindacato parlamentare. La stessa inchiesta parlamentare sul brigantaggio meridionale, accettata di malagrazia dal governo, restò poi lettera morta dato che la legge Pica del 15 agosto 1863 finì con il legittimare la preminenza dell'autorità militare nel Mezzogiorno e in Sicilia. Tale preminenza venne configurandosi quale supremazia sull'autorità civile: non si dimentichi che tra il 1861 e il 1863 il generale La Marmora fu prefetto di Napoli e comandante dell'esercito in tutto il Mezzogiorno. Va inoltre tenuto presente che durante l'intera fase della repressione del grande brigantaggio (1861-1865) la censura militare copriva di fatto le operazioni 'sporche' di tipo coloniale: vale a dire che ai corrispondenti dei giornali non era consentito di avvicinarsi alle zone di operazione e dovevano accontentarsi di trasmettere ai propri giornali quanto lasciato filtrare dall'autorità militare.

[5] Cfr. *infra*, I.5, « Una politica estera senza Parlamento».

[6] Sul punto rinvio a R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale. Regime eccezionale e leggi per la repressione dei reati di brigantaggio (1861-1865)*, Bologna 1980.

Ma, in tal modo, il Parlamento poteva essere informato dei fatti solo in via incidentale, tramite interpellanze presentate da quei deputati che ne erano casualmente venuti a conoscenza. Paradigmatica, al riguardo, l'interpellanza presentata il 5 dicembre 1863 dal deputato autonomista Vito d'Ondes Reggio sulle condizioni dell'ordine pubblico in Sicilia che rivelò con dovizia di dati e *pathos* evocativo i contorni inquietanti di una profilassi di tipo coloniale, tuttora non del tutto messa a fuoco in sede storiografica[7].

3. *Francesco Crispi e la legislazione contro le associazioni (1894)*

Per quanto la pubblicistica dell'epoca – e, poi, importanti settori della storiografia – ne abbia esagerato la portata, la «dittatura militare»[8] del 1894 e lo stato d'assedio del 1898 non raggiunsero neppure lontanamente la portata di provvedimenti di sospensione generalizzata dello Statuto dispiegata dai precedenti postunitari del 1861-1865. Né, tanto meno, provocarono le migliaia di fucilati che caratterizzarono la bonifica militare delle province napoletane dopo l'Unità[9].

Nell'ottica che qui ci interessa va però rilevato che, alla fine del XIX secolo, il ripetuto ricorso allo stato d'assedio in Sicilia e in Lunigiana (Crispi, 1894) e, più tardi, a Milano (Rudinì, 1898) fu espressione di una profonda crisi dello Stato liberale, destinata poi a creare le premesse di quel clima di torbido crepuscolarismo istituzionale in cui maturò il regicidio di Monza (29 luglio 1900).

Bisogna poi considerare che il presidente del Consiglio Francesco Crispi approfittò pienamente del clima di allarme sociale favorito dallo stato d'assedio del 3 gennaio 1894. Non solo egli impose lo scioglimento del movimento riformista dei Fasci siciliani, ma ottenne (8 marzo 1894) da una Camera consenziente – in quanto sostanzialmente ministeriale – la revoca dell'immunità parlamentare per il deputato Giuseppe De Felice Giuffrida. Revoca deliberata in violazione dell'art. 45 dello Statuto che consentiva l'arresto solo nei casi di flagranza di reato. Arrestato con un provvedimento definito arbitrario dai deputati Barzilai, Imbriani e Colajanni,

[7] *Ibidem*, pp. 141-151.

[8] Riprendo l'espressione utilizzata da E. BRUSA, professore di Diritto penale nell'Università di Torino, nel saggio *Della giustizia penale eccezionale ad occasione della presente dittatura militare*, in «Rivista penale», 20, 1894, 5, pp. 413-464.

[9] Cfr. R. MARTUCCI, *L'invenzione dell'Italia unita 1855-1864*, cit., pp. 311-315.

processato da un tribunale militare nel maggio, Giuseppe De Felice Giuffrida fu condannato a diciotto anni di reclusione il 30 maggio 1894, benché egli in tale data fosse ancora ufficialmente deputato al Parlamento nazionale. Era infatti accaduto che con R.D. 22 gennaio 1894 Crispi avesse fatto prorogare la sessione parlamentare fino al 20 febbraio successivo, proprio per impedire qualunque forma di sindacato della Camera elettiva all'atto del trasferimento di giurisdizione a vantaggio dei giudici in uniforme.

Per altro, enfatizzando il pericolo anarchico – che non aveva natura associativa e dispiegava quindi un flebile tasso di pericolosità per le istituzioni del regno – Crispi era riuscito a far approvare dalle Camere, a ridosso di una nuova chiusura della sessione, un pacchetto di provvedimenti contro i sovversivi. Si tratta delle tre leggi del luglio 1894, dette antianarchiche, che avevano destato la diffidenza della minuscola pattuglia parlamentare socialista e, in particolare, di Enrico Ferri, deputato e criminalista di fama internazionale. Le leggi autorizzavano lo scioglimento delle associazioni sovversive e la revisione delle liste elettorali: ne conseguì la radiazione di 814.260 elettori, portando il corpo elettorale da 2.934.445 a 2.120.185 elettori. In ottobre, sempre a Camere chiuse, fu poi sciolto il Partito socialista insieme con 248 organizzazioni definite sovversive: la provvida chiusura della sessione parlamentare rendeva pleonastico un eventuale dibattito sulla nuova revoca dell'immunità parlamentare che, comunque, deputati ministeriali per convenienza e convinzione avrebbero sempre votato con entusiasmo. Fu così che per i deputati socialisti Filippo Turati ed Enrico Ferri (accompagnati da due colleghi meno celebri) si aprirono le porte del carcere.

4. *Stato d'assedio (1898) e provvedimenti politici del 1899*

I disordini politico-sociali del 1898 comportarono un nuovo decreto di stato d'assedio imposto dal presidente del Consiglio Antonio Starabba di Rudinì. A Milano, nel maggio 1898, il generale Fiorenzo Bava Beccaris utilizzò i cannoni caricati a mitraglia contro una folla inerme che lasciò sul selciato ottanta morti. Corollario di questi fatti incandescenti furono migliaia di arresti, la soppressione di un centinaio di giornali, lo scioglimento di migliaia di circoli socialisti, radicali e cattolici[10].

[10] Sul crepuscolo dell'età umbertina fa ancora oggi testo l'importante lavoro di U. LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia 1896-1900*, Milano 1975.

Quando poi i tribunali militari processarono i deputati socialisti Filippo Turati, Leonida Bissolati, Andrea Costa, Costantino Lazzari, i loro colleghi Luigi De Andreis (repubblicano) e Carlo Romussi (radicale), il sacerdote Davide Albertario, la dirigente socialista Anna Kuliscioff e centinaia di oscuri comprimari, irrogando pesantissime pene detentive, sembrò veramente che lo Statuto fosse divenuto un pezzo di carta. Un documento di garanzia violabile impunemente, sotto gli occhi distratti di una maggioranza parlamentare espressa da un paese legale estraneo al paese reale e ai suoi drammi.

I «provvedimenti politici» presentati dal governo Pelloux – e ispirati da Sonnino[11] – il 4 febbraio 1899 si inscrivono in questa tendenza di ingessamento delle istituzioni rappresentative, anche se essi sono formalmente indirizzati contro l'estrema sinistra anarchica e socialista. I tre disegni di legge Pelloux abbracciavano un ventaglio di misure restrittive di diverso impatto: dagli scioperi degli impiegati statali al rafforzamento dei poteri governativi in materia di divieto di riunioni politiche e scioglimento di associazioni sovversive, dalla reintroduzione di disposizioni relative al domicilio coatto (improntate alla legge Pica del 1863) alle restrizioni relative alla stampa. Di fronte all'ostruzionismo dei deputati repubblicani, radicali e socialisti, nel giugno 1899 il generale Pelloux, con l'accordo del re Umberto I, ottenne che i lavori parlamentari fossero prorogati di sei giorni. Era il tempo utile ai fini dell'adozione dei «provvedimenti politici» tramite R.D. 22 giugno 1899, registrato con riserva dalla Corte dei Conti «perché in esso si davano norme e precetti con sanzioni penali al diritto di riunione, qualità di reati a fatti non considerati tali, e si modificavano le disposizioni dell'Editto sulla stampa, della legge di P.S. e del codice penale, ledendo l'assoluta competenza del potere legislativo»[12]. Nel presentare quel decreto alla Camera nel frattempo riaperta, il presidente Pelloux minacciava di dare esecuzione immediata ai suoi contenuti, qualora non fosse sopravvenuta la conversione in legge entro il 20 luglio 1899.

I tafferugli scoppiati in aula durante le contestatissime votazioni del 30 giugno – destò scalpore il pugilato Sonnino-Bissolati – portarono quella sera stessa alla chiusura della sessione parlamentare, mentre l'opinione pubblica liberale, da Giuseppe Zanardelli ad Antonio De Viti de Marco, si interrogava sulla deriva autoritaria imposta al paese reale dai vertici istituzionali del paese legale.

[11] Cfr. M. Sagrestani, *Italia di fine secolo. La lotta politico-parlamentare dal 1892 al 1900*, Bologna 1976, pp. 440-442.

[12] *Ibidem*, p. 464.

Fu la prima sezione penale della Corte suprema di Cassazione a chiudere definitivamente la vicenda il 20 febbraio 1900: i decreti Pelloux erano da considerarsi decaduti per avvenuta chiusura della sessione parlamentare. Qualora il governo avesse voluto salvarne i contenuti, avrebbe dovuto procedere all'emanazione di un nuovo R.D., coprendo la Corona sotto la propria responsabilità politica.

5. *Una politica estera senza Parlamento*

L'articolo 5 dello Statuto albertino metteva nelle mani del capo dello Stato[13] le sorti della politica estera del regno, stabilendo che il re

«fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle Finanze, o variazioni di territorio dello Stato non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere».

L'articolo appena citato contiene i seguenti punti essenziali:

a. il re è il soggetto propulsore della politica estera del regno: nel corso dell'intera vicenda della monarchia liberale sardo-italiana suoi principali strumenti saranno il presidente del Consiglio e il ministro degli Esteri (che è sempre un personaggio di sua fiducia), talora affiancati da una specie di diplomazia parallela fatta di aiutanti di campo mandati in missione (con incarichi di copertura) presso varie Corti europee;
b. la politica estera segue dinamiche non perfettamente conciliabili con lo spazio pubblico circoscritto da un regime rappresentativo;
c. ne consegue che i trattati internazionali possano anche non essere tempestivamente comunicati alle Camere;
d. in particolare, le clausole segrete di un trattato (spesso, o quasi sempre, presenti) sono al di fuori della conoscibilità parlamentare, configurandosi come limite per l'ispezione politica delle Camere;
e. tuttavia, quei trattati comportanti «variazione di territorio dello Stato non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere».

[13] Sullo spazio e sul ruolo del capo dello Stato nell'Italia liberale, fondamentale la monografia di P. COLOMBO, *Il re d'Italia. Prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)*, Milano 1999; dello stesso autore si veda anche *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Roma - Bari 2001; rinvio inoltre a R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma 2002, pp. 35-64.

L'ultimo punto dello schema, relativo alla «variazione di territorio dello Stato», isola proprio quella disposizione statutaria che trasforma il Parlamento da interlocutore eventuale («tosto che l'interesse ...») in interlocutore necessario.

Vale a dire che alla politica estera e alle sue esigenze vanno riconosciuti quei caratteri di riservatezza che impediscono di offrire alla discussione parlamentare determinate clausole di trattati internazionali sottoscritti dal governo del re. Tanto è vero che lo stesso Statuto prevede che la comunicazione di un trattato alle Camere non sia tempestiva ma avvenga «tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano». Con il solo limite della variazione territoriale. Perché, in tal caso, il Parlamento da interlocutore eventuale la cui entrata in campo è subordinata all'«interesse» e alla «sicurezza dello Stato», diviene invece un interlocutore necessario che non può essere estromesso dalla gestione della politica estera del regno.

All'interno di questo schema ricostruttivo, che parte dall'esegesi dell'articolo 5 dello Statuto, non ci meraviglierà di sapere «introvabile» il Parlamento nell'avventurosa acquisizione della baia di Assab (1869) nel Mar Rosso, come anche rispetto alla firma del trattato della Triplice alleanza (1882) restato sconosciuto ufficialmente per più di un anno. In particolare, soffermeremo la nostra attenzione su due trattati che, legati a dinamiche belliche, hanno entrambi implicato variazioni del territorio nazionale decise all'insaputa del Parlamento, chiamato poi a ratificare con il suo voto una decisione ormai irreversibile. Senza eccedere nei particolari, mi limito a richiamare brevemente i due trattati situandoli, rispettivamente, nel 1859 e nel 1915.

Il trattato franco-sardo del 24-26 gennaio 1859 (preparato dai Preliminari di Plombières del luglio 1858), in cambio dell'indispensabile aiuto militare francese nell'imminente guerra all'Austria, prevedeva un rilevante compenso territoriale da parte sarda a parziale bilanciamento della certa annessione della Lombardia. Tale compenso territoriale non consisteva in una semplice rettifica delle frontiere ma nella consegna alla Francia di due province storiche del regno: la contea di Nizza e la Savoia.

Il 2 aprile 1860 si aprono i lavori della VII legislatura; vi partecipano anche i deputati eletti a Nizza e in Savoia: ma solo per i pochi giorni che li separano dalla decisione ufficiale di cessione alla Francia dei loro vecchi collegi elettorali. Quando poi il Parlamento è chiamato a legittimare il trasferimento di sovranità già deciso due anni prima a Plombières, fervono ormai i preparativi per i plebisciti: il loro esito, al pari del voto parlamentare, è scontato.

La Triplice alleanza, concepita in chiave anti-francese e sottoscritta dal presidente del Consiglio Depretis e dal ministro degli Esteri P.S. Mancini il 20 maggio 1882, legava le sorti militari e diplomatiche del giovane Regno d'Italia a due colossi del militarismo come la Germania guglielmina e l'Austria-Ungheria di Francesco Giuseppe. In questo caso, l'esigenza di «rafforzare il principio monarchico» e di «mantenere intatto l'ordine sociale e politico»[14] prevaleva sulla ventennale *querelle* irredentista: incentrata sull'italianità di Trento e Trieste, tale *querelle* avrebbe dovuto quanto meno far considerare Vienna un centro ostile agli interessi italiani[15].

Lo scoppio della Grande guerra, il 28 luglio 1914, vide inizialmente la neutralità italiana. Infatti, per impulso del ministro degli Esteri Antonino Di San Giuliano, il governo italiano non ritenne che il carattere aggressivo dell'*ultimatum* austro-ungarico alla Serbia (24 luglio 1914) potesse far scattare il *casus fœderis*, coinvolgendo il Regno d'Italia nell'avventura militare.

Nei fatti, la saggia neutralità nascondeva l'attivismo del governo di Roma desideroso di annettere Trento, Trieste, Gorizia, interessato a Istria e Dalmazia e, soprattutto, alla prevedibile spartizione dell'Impero turco che proiettava la fervida immaginazione del nuovo ministro degli Esteri Giorgio Sidney Sonnino verso il Mar Nero. Ma l'Impero turco era alleato degli imperi centrali (Austria-Ungheria e Germania), a loro volta alleati dell'Italia; mentre invece Francia e Inghilterra stavano dimostrando di poter vincere nel giro di pochi mesi: o, almeno, questo è quanto amava credere lo stesso Sonnino.

Dopo alcuni mesi di trattative frenetiche gli eventi assunsero un andamento quasi incontrollabile. Il 26 aprile 1915, su mandato di re Vittorio Emanuele III e del presidente del Consiglio Antonio Salandra, il ministro Sonnino

14 Dal Preambolo del trattato; cfr. C. SETON-WATSON, *L'Italia dal liberalismo al fascismo 1870-1925*, 2 voll., Roma - Bari 1967, rist. 1999, I, p. 134.

15 È quanto si chiese in un lucido saggio il primo ministro britannico Gladstone, rilevando come la Francia umiliata a Sedan (1870) non avrebbe mai potuto costituire una minaccia per l'Italia: cfr. W. GLADSTONE, *The Triple Alliance and Italy's Place in It*, in «The Contemporary Review», 1889, pp. 481-488 (ho utilizzato la traduzione italiana pubblicata nel volume di E. RAGIONIERI, *Italia giudicata 1861-1945 ovvero la storia degli italiani visti dagli altri*, Bari 1969, pp. 189-196). Rilevo il silenzio riservato in sede storiografica a tale lucidissimo saggio; tale silenzio contrasta nettamente con l'abituale enfasi che connota libri e manuali d'ogni tipo nel presentare le famose lettere dello stesso Gladstone a Lord Aberdeen (1851), dove il regno delle Due Sicilie veniva elevato (con eccessiva disinvoltura, considerato quel che gli inglesi andavano facendo nel subcontinente indiano) all'archetipo negativo di «negazione del regno di Dio».

firmò il Patto di Londra che impegnava l'Italia a entrare in guerra entro un mese; otto giorni più tardi, il 4 maggio, il governo italiano denunciò la Triplice alleanza. Mentre Sonnino e Salandra, in gran segreto, organizzavano un clamoroso ribaltamento di alleanze, in Italia i sentimenti neutralisti sembravano prevalere. Socialisti e cattolici erano contrari alla guerra; quanto a Giovanni Giolitti, sornionamente filo-germanico, egli controllava la maggioranza della Camera dei deputati che, d'altra parte, in quel momento non era in sessione.

Visto che la Camera era chiusa provvidero a riaprirla – in modo, per così dire, irrituale – manipoli di baldi interventisti, eccitati dal comizio improvvisato a Roma il 12 maggio dal poeta Gabriele D'Annunzio. Palazzo Montecitorio fu invaso dai manifestanti con la benevola, anche se implicita, approvazione del presidente del Consiglio Salandra che si era ben guardato dal dare gli opportuni ordini ai regi carabinieri di guardia. Imbaldanziti dal successo, gruppi di esagitati avevano anche dato la caccia ai deputati giolittiani, inaugurando una prassi venatoria destinata a ben altre sorti tra il 1922 e il 1925.

Il 13 maggio, sempre a Camere chiuse, il Consiglio dei ministri rassegnò le dimissioni nelle mani del re. Giolitti sembrava l'uomo del momento, ma rifiutò di impegnarsi – come avrebbe fatto anche nell'ottobre 1922 – e come lui si comportarono il presidente della Camera Giuseppe Marcora e il decano dei deputati Paolo Boselli. Il re Vittorio Emanuele III, da parte sua, esigeva l'immediata entrata in guerra, immaginando che il conflitto fosse stato già vinto dalle potenze dell'Intesa; minacciando per di più di abdicare qualora il Parlamento, tuttora chiuso, non lo avesse seguito. Di fronte all'*impasse*, il 16 maggio, il re respinse le dimissioni del governo Salandra. Poi, finalmente, il 20 maggio 1915 furono riaperte le Camere, chiamate a votare i poteri di guerra al governo del re. Come ci si attendeva, il *leader* socialista Filippo Turati parlò a favore della neutralità; Giovanni Giolitti, invece, si tenne in disparte, lasciando privi di una guida politica 300 deputati giolittiani, già neutralisti, che riscoprirono all'istante simpatie ministeriali nei confronti del bellicista Salandra. Per un attimo essi avevano temuto di far parte dell'opposizione e lo scampato pericolo fu salutato dal voto di ben 407 deputati, convertiti alla politica di Salandra e Sonnino, mentre solo 74 loro colleghi perseverarono nel voto contrario.

Un Parlamento fino a quel momento «introvabile» aveva ritrovato una sua identità, plebiscitando una politica che fino a pochi attimi prima non era stata la sua. Questo epilogo ci riconduce alle radici della rappresentanza

italiana: dalla sua legittimazione elettorale alle modalità di essere della Camera elettiva, come avrò modo di chiarire nelle pagine che seguono.

II. Le basi di legittimazione del sistema rappresentativo

1. *Uno sguardo comparativo: Inghilterra e Francia*

Arresterò la mia attenzione sulle elezioni e sui sistemi elettorali: materia affidata fino a tempi storiograficamente recentissimi ad aride quanto ermetiche sezioni della manualistica più specializzata[16]. Ritengo che sia opportuno soffermare la nostra attenzione sui criteri che sotto l'egida della monarchia liberale presiedettero al rinnovo periodico di una delle due Camere del Parlamento nazionale – la Camera dei deputati – visto che il Senato del regno era costituito da un collegio di notabili nominati dal re. Questo rinnovo periodico dell'unica istanza rappresentativa del paese, creava in astratto le condizioni perché la Camera dei deputati vedesse esaltata la sua funzione di snodo centrale del sistema politico, elemento di raccordo tra la periferia e il centro del paese, collettore degli umori di un'Italia profonda e, al tempo stesso, non del tutto conosciuta a chi era chiamato a governarla.

Era stato questo il percorso che a partire dalla prima metà del XVI secolo aveva assicurato innanzi tutto visibilità alla Camera dei Comuni nell'Inghilterra di Enrico VIII Tudor; ponendo, del pari, le premesse per la futura «supremazia parlamentare» dei secoli XVII e XVIII. Designata inizialmente da ridottissime *élites* di città e di contea, formata in gran parte da deputati soggetti al *patronage* dei *Lords*; eletta poi da poche migliaia di inglesi maggiorenni maschi – abilitati a votare per l'intero paese in base al principio di «rappresentanza virtuale» teorizzato dall'insigne parlamen-

[16] Per un inquadramento generale della questione elettorale rinvio a M. Dogliani, *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei*, nel volume collettaneo P.L. Ballini (ed), *Idee di rappresentanza e sistemi elettorali in Italia tra Otto e Novecento*, Venezia 1998, pp. 7-41; nello stesso volume, isola una fase risorgimentale lunga, ricomprendente la Rivoluzione francese, e coglie lucidamente l'antinomìa tra suffragio universale nei plebisciti e suffragio censitario nelle elezioni politiche (pur accettando le «superiori ragioni di carattere etico-politico» dell'opzione censitaria, p. 59) C. Ghisalberti, *Istituti rappresentativi e leggi elettorali nel Risorgimento*, pp. 43-60. Completo e ricco di dati – anche se ermeneuticamente cauto – il volume di M.S. Piretti, *Le elezioni politiche in Italia dal 1848 ad oggi*, Roma - Bari 1995; denso di valutazioni e acuto nell'analisi P. Pombeni, *La rappresentanza politica*, in particolare cap. I, «La fondazione del sistema», nel volume collettaneo R. Romanelli (ed), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma 1995, pp. 73-124.

tare e teorico *whig* Edmund Burke – la Camera dei Comuni britannica vede delegittimata la sua natura rappresentativa dalla parola d'ordine americana «un uomo, un voto!» che imprime una svolta radicale alla crisi d'indipendenza dell'America inglese. I successivi sessant'anni vedono il 25% degli adulti maschi mobilitarsi per l'allargamento del suffragio. Il *Reform Act* del 1832, cancellando i «borghi putridi» estenderà i diritti politici al 18% degli adulti maschi. Grazie alla pressione sviluppata dal movimento cartista a partire dal 1830-1840, con petizioni e manifestazioni di propaganda, un nuovo *Reform Act* nel 1867 incrementò l'elettorato rurale del 45%, portando, inoltre, quello delle aree urbane da 750.000 a 1,5 milioni di elettori. Malgrado, dunque, i *leaders* conservatori e *whigs* temessero le conseguenze della «tirannide della maggioranza» – evocata dal teorico francese Alexis de Tocqueville nel descrivere la realtà politica nordamericana come democrazia di massa – in Inghilterra ci si era decisi a favorire un allargamento del corpo elettorale.

La stessa Francia della prima metà dell'Ottocento non può fare a meno di pagare lo scotto alla logica vincente del suffragio universale maschile. Dalla Restaurazione (1814-1830) e dalla monarchia di Luglio (1830-1848) verranno regimi asfittici che, pur accettando la logica della rappresentanza politica, faranno di ogni singolo deputato la proiezione degli interessi di poche decine di elettori di *arrondissement* (distretto elettorale), estranei e ostili agli interessi materiali di milioni di connazionali. Quindi, non solo incapaci di svolgere le abituali funzioni di filtro periferia/centro, ma assolutamente non in grado di percepire le avvisaglie della più grave crisi di delegittimazione dei poteri pubblici mai vissuta nell'Europa continentale fin dai tempi della crisi rivoluzionaria del 1789: la «primavera dei popoli», il 1848. Dopo l'effimera esperienza della Seconda Repubblica (1848-1851) insediata dal suffragio universale maschile e presto vittima delle seduzioni dell'ideologia censitaria, il neo-bonapartismo del presidente Luigi Napoleone saprà coniugare cesarismo e scrutinio di massa, tanto nelle ambigue forme del plebiscito, quanto nelle più innocue e civili vesti del suffragio universale maschile per l'elezione dei deputati.

Va per altro detto che nella Francia del Secondo Impero (1852-1870) fino alla svolta liberale del 1867 le elezioni le «fanno» i prefetti che organizzano una ordinata confluenza dei suffragi su quello che viene definito il «candidato ufficiale». Spogliata della sua funzione primaria di scelta e designazione di un deputato tra più candidati con uguali prospettive sul mercato elettorale, la consultazione si plebiscitarizza, acquistando i caratteri del rito collettivo di legittimazione popolare di candidature bloccate già decise dal vertice dello Stato. Era quello che aveva voluto intendere

alla fine del XVIII secolo Emmanuel Sieyès – già eminente teorico del regime rappresentativo durante la crisi costituzionale del 1788-1789 – con la frase «l'autorità viene dall'alto, il consenso viene dal basso», massima enunciata nel mettere a punto il colpo di Stato del 18 brumaio anno VIII (9 novembre 1799). Questo massiccio coinvolgimento di milioni di francesi nelle campagne (contadini, mezzadri, piccoli proprietari) e nelle città (artigiani, impiegati) conferisce al Secondo Impero basi di massa, rendendo consuetudinaria una partecipazione al rito elettorale che non potrà essere negata dalla Terza Repubblica (1875-1940), neppure nella lunga fase costituente (1870-1875) sostanzialmente gestita dalla Destra monarchica orleanista.

2. *Il quadro di riferimento carlo-albertino (1848)*

Solo Milano, Venezia, Firenze e Roma utilizzano il suffragio universale maschile nel 1848. Per il resto, il Quarantotto italiano farà sue le opzioni censitarie orleaniste nelle due più significative realtà statali della penisola – Napoli e Torino – proprio quando la «primavera dei popoli» aveva spazzato via il modello francese di riferimento.

Nel silenzio dello Statuto albertino che non stabiliva alcun requisito per l'esercizio dell'elettorato attivo, dettando in materia una riserva di legge in bianco («art. 39. La camera elettiva è composta di deputati scelti dai collegi elettorali conformemente alla legge») l'Editto sardo del 17 marzo 1848 – destinato a perpetuarsi nell'Italia unita con irrilevanti modifiche fino alla riforma elettorale del 1882 – attribuiva i diritti politici a una ristretta aliquota di sudditi maschi di età superiore ai 25 anni. Infatti, malgrado il Codice civile albertino del 20 giugno 1837, all'articolo 367, avesse fissato il conseguimento della maggiore età al compimento dei 21 anni, in realtà lo stesso codice aveva mantenuto i figli di famiglia sotto la patria potestà, escludendo che potessero allontanarsi senza permesso dalla casa paterna prima del compimento dei 25 anni (art. 212). Si comprende, per tanto, come il legislatore quarantottesco – in assenza di una riforma organica del Codice civile – avesse fatto riferimento alla soglia dei 25 anni e non alla semplice maggiore età per l'esercizio dei diritti politici; al fine di evitare di attribuirne l'esercizio a chi non disponeva del controllo della propria persona, in quanto subordinato all'autorità paterna.

Questo in linea teorica, dato che tale griglia venticinquennale affievoliva rispetto alla griglia censitaria adottata dalla Commissione per la riforma elettorale, presieduta da Cesare Balbo e nella quale sedevano, tra gli

altri, Camillo Benso conte di Cavour e Riccardo Sineo (relatore). Nel suo scritto teorico di più alto profilo, il presidente della Commissione rivestì di accenti lirici i suoi entusiasmi timocratici per spiegare la *ratio* della legge elettorale sarda:

«Non è dubbio, l'elettore più ricco è meno corruttibile, più indipendente, più còlto; e sono, per vero dire, tre qualità così preziose, da decidere forse la questione. Perciocchè si oppone bensì, e si grida che i ricchi curano e cureranno sempre i soli interessi della ricchezza, cioè della proprietà territoriale, dei capitali, delle industrie e dei commerci, e così sono e saranno sempre negletti nelle elezioni e nella deputazione poi gl'interessi degli operai, dei nullatenenti, della povera gente. Ma molto è da rispondere a questa obbiezione, quantunque potentissima in apparenza; e primamente che insomma e non solamente dalla teoria, ma dalla pratica antica e nuova e novissima, è chiaro, è indubitabile essere identici, essere indestruttibilmente connessi i veri interessi dei ricchi e dei poveri; ondechè, chi ben promuove gli uni, promuove gli altri necessariamente»[17].

Grazie a questo retroterra teorico erano attribuiti i diritti politici – quali portatori generali dei «veri interessi dei ricchi e dei poveri» – ai soli cittadini maschi ultraventicinquenni alfabetizzati (in grado di leggere e scrivere) e assoggettati a un'imposta diretta annua di almeno 40 lire (art. 1). Imposta dimezzata per gli abitanti di Nizza, Savoia e Liguria (art. 1), per laureati, notai, avvocati, ufficiali subalterni in pensione, impiegati civili a riposo con trattamento annuo di 600-1.200 lire (art. 4), capitani marittimi e direttori di stabilimenti industriali con almeno 30 operai (art. 6). Imprenditori e commercianti per l'ammissione all'esercizio del diritto di voto facevano valere il «valore locativo» (affitto) dei locali adibiti ad abitazione o esercizio commerciale (art. 5). Risultavano, invece, ammessi all'elettorato, prescindendo dal censo, gli appartenenti a nove categorie privilegiate: membri di varie accademie, professori di scuole regie, docenti universitari, membri delle Camere di commercio, ufficiali in pensione di grado superiore a quello di capitano, magistrati inamovibili, impiegati civili a riposo con pensione annua superiore alle 1.200 lire (art. 3).

Al di là, dunque, delle risibili eccezioni introdotte dall'articolo 3 e dal dimezzamento del referente impositivo riconosciuto dagli articoli 4 e 6, la legge sarda attribuiva i diritti politici a 77.366 cittadini maschi ultraventicinquenni su una massa di cittadini maggiorenni di circa un milione; essi diventeranno 94.766 nel 1853. Ai fini dell'elezione dei deputati, gli elettori erano ripartiti in 204 collegi elettorali uninominali (divisi a loro volta in più mandamenti) aggreganti tra i 20 e i 25.000 abitanti. Astrattamente, si potrebbe dire che in ognuno di quei collegi erano chiamati alle urne

[17] C. BALBO, *Della Monarchia rappresentativa in Italia. Saggi politici*, Firenze 1857, pp. 268-269.

dai 379 (1848) ai 464 (1853) elettori in due turni; vi erano, tuttavia, nelle zone più arretrate dello Stato, collegi con appena una trentina di cittadini in grado di soddisfare le richieste condizioni di censo per poter essere elettori.

Qualora al primo turno nessuno dei candidati avesse raccolto almeno un terzo dei voti espressi (art. 92), il presidente dell'ufficio della prima sezione elettorale avrebbe indetto per la settimana successiva un secondo turno elettorale, con ballottaggio riservato ai due candidati più votati (art. 93). Sarebbe stato eletto deputato il candidato che avesse beneficiato della maggioranza dei voti validi (art. 93). La legge non indicava espressamente che schede bianche e nulle dovessero essere computate; accadeva quindi che si potesse essere eletti alla Camera anche con una decina di voti.

Per vedere come ciò fosse possibile, soffermiamoci su alcuni dettagli. Dal 1848 al 1857 la curva della partecipazione elettorale si abbassa dal 73,93% al 53,5% degli aventi diritto; in termini numerici si registra un abbassamento da 54.375 (su 77.366) a 50.700 elettori (su 94.766). Queste cifre, ripartite per i 204 collegi uninominali, ci danno una partecipazione media che oscilla dai 266 ai 248 elettori effettivi per singolo collegio.

Stando alla legge del 17 marzo 1848 che disponeva:

«art. 92. Alla prima votazione niuno s'intende eletto, se non riunisce in suo favore più del terzo delle voci del total numero dei membri componenti il Collegio, e più della metà dei suffragi dati dai votanti presenti all'adunanza»,

per far scattare l'attribuzione del seggio parlamentare al primo turno, in un collegio uninominale che alle elezioni del 1857 avesse registrato la partecipazione effettiva di 248 elettori (su 464 aventi diritto), il candidato avrebbe dovuto raccogliere almeno 154 voti (un terzo degli aventi diritto); un risultato non raggiungibile ovunque – e pertanto non generalizzabile – vista la presenza in ogni singolo collegio di almeno quattro candidati (Destra, Sinistra, due Estreme). Il ballottaggio era dunque inevitabile.

Ma al secondo turno la legge – dando probabilmente per acquisito un ulteriore innalzamento della curva degli astenuti – non agganciava più la regolarità della competizione all'intervento di un «numero legale» o *quorum* pari al 50% degli aventi diritto. Restando in lizza solo i due candidati più favoriti, era dunque altamente probabile che i sostenitori dei candidati esclusi dal turno di ballottaggio si astenessero dalla competizione elettorale e che questa, di conseguenza, vedesse a sua volta la partecipazione del 50% dei cittadini coinvolti nel primo turno.

Primo turno	Turno di ballottaggio
cittadini iscritti nei registri elettorali: 464 votanti:	cittadini iscritti nei registri elettorali: 464
248 (53,5% aventi diritto)	votanti: 124 (26,7% aventi diritto)
astenuti: 216 (46,5%)	astenuti: 340 (73,3%)
quorum: 154 voti (un terzo degli aventi diritto)	*quorum*: nel secondo turno non è richiesto
candidato A: voti 50	candidato A: voti 13
candidato B: voti 46	candidato B: voti 11
candidato C: voti 40	
candidato D: voti 31	
schede bianche: 30	schede bianche: 40
schede nulle: 51	schede nulle: 60

Esagerazioni? Alle elezioni del 17 aprile 1848 Garibaldi viene eletto dal collegio di Cicagna con 18 voti e a quelle del 15 luglio 1849 il conte Gustavo Ponza di San Martino viene eletto dal collegio di Torriglia con 6 voti[18].

In astratto, si potrebbe spendere l'argomento della discutibile rappresentatività di un sistema politico che delegava la scelta dei deputati a un pugno di cittadini particolarmente agiati. Va però detto che in una realtà socialmente compatta, tenuta insieme da secolari rapporti di deferenza mediati dalla periferia al centro dello Stato da notabili locali (proprietari, professionisti, magistrati, ufficiali), una comunità locale finiva con il ritenersi virtualmente rappresentata da un suo esponente, anche se all'atto pratico la sua investitura a deputato era stata decisa da poche schede. Rifuggendo da anacronismi modernizzanti, non è da escludere che alla competizione fosse interessato solo quel ristretto gruppo di cittadini che leggeva abitualmente i giornali, seguiva gli avvenimenti politici, frequentava i caffè. Con l'aggiunta degli studenti – che però non votavano, in quanto, al di là dei requisiti censitari, si presume avessero meno dei 25 anni richiesti – e dei pochi artigiani o impiegati raggiunti, anche se non necessariamente influenzati, dalla propaganda mazziniana. Questo spiega anche la sostanziale stabilità del Regno di Sardegna nel decennio cavouriano.

3. *Che fare nell'Italia unita?*

Il sistema censitario sardo aveva possibilità di sopravvivere in un contesto statale profondamente modificato dall'esito vittorioso della Seconda guerra d'Indipendenza? Non si dimentichi, infatti, che Milano e la Lombardia, divenute territorio sardo dopo l'estate 1859, avevano alle proprie spalle

[18] I. PAULI, *Leggi e lotte elettorali in Italia (1848 - 1948)*, Roma 1953, p. 13.

l'esperienza quarantottesca del suffragio universale maschile. Quegli undici anni sembravano non essere trascorsi invano e il decreto legislativo 20 novembre 1859, promulgato dal governo in virtù del conferimento dei pieni poteri da parte del Parlamento (25 aprile 1859), sembrava aprire uno spiraglio anti-censitario. La relazione Cavour, per far posto ai rappresentanti delle province annesse, portava i collegi elettorali da 204 a 260; sembrava inoltre che volesse prendere le distanze dal referente censitario, optando per la capacità (alfabetizzazione, svolgimento di determinate professioni 'colte'), che avrebbe consentito di estendere l'accesso alle urne a quei cittadini che «per indizi legali più sicuri del censo, sono riputati possedere la capacità necessaria all'esercizio dei diritti politici»[19].

Tuttavia, come rileva il costituzionalista liberale Attilio Brunialti in un suo saggio, «la nuova legge era una riproduzione testuale di quella che sino allora aveva governato le elezioni»[20]. Ma quello che andava bene per il piccolo Piemonte così schiacciato sulle sue gerarchie sociali e le consolidate preminenze notabilari, poteva andar bene ora che un regime politico sconosciuto e una dinastia straniera si imponevano ai popoli dell'Italia centrale e meridionale? Infatti, l'unificazione della penisola altera i vecchi equilibri e le abituali relazioni di deferenza campagna/città, periferia/centro, contadini/notabili, accentuati dalla profonda instabilità di uno Stato nuovo che per dieci anni continua a non avere una capitale vera. Al di là della pacifica e oleografica rappresentazione di Lombardia e Toscana dalle 'buone maniere mezzadrili' – sulle quali, pure, ci sarebbe da sollevare un velo – proviamo a interrogarci su quel che accade a sud del Tronto.

Le Due Sicilie sono in preda a profonde lacerazioni, accentuatesi all'inizio del XIX secolo con l'eversione della feudalità che ha consentito il furto semi-legale delle terre comuni da parte degli acquirenti dei beni nazionali. Il tutto aggravato da un tasso di analfabetismo che si avvicina al 98%, dall'assenza di strati civili intermedi, da una nobiltà diffusa, polverizzata e presente in città e paesi. Al centro di tutto, la contrapposizione tra «coppole» (contadini) e «cappelli» o «galantuomini»: quei ceti civili (farmacisti, avvocati, notai, gabellotti) visti – per lo più a ragione – come usurpatori dei beni demaniali e nemici giurati degli usi civici.

A questa massa di diseredati nella fase finale della crisi d'indipendenza era stata fatta balenare l'ipotesi di una ripartizione del demanio – decreti

[19] Cit. da A. BRUNIALTI, *Elezioni politiche*, in *Il digesto italiano*, X, Torino 1895-1898, p. 274.

[20] *Ibidem*.

garibaldini della Sila; interventi di propaganda nel campo trincerato di Soveria Mannelli – e di un modesto mutamento di *status* da derelitti pezzenti a piccoli assegnatari di quote demaniali. La stessa relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sul brigantaggio (1863) aveva raccomandato di combattere fame e abbrutimento con una legge di quotizzazione dell'enorme demanio pugliese, ma il Parlamento, suggestionato dal ferreo dogmatismo di Antonio Scialoja, aveva lasciato cadere la proposta. Benché ci si trovasse di fronte a linee di politica agraria che in Francia, dopo la Rivoluzione del 1789, avevano avvicinato al nuovo regime – e quindi al governo in carica – masse crescenti di abitanti delle campagne.

Nel Mezzogiorno d'Italia il coinvolgimento nei plebisciti del 20 e 21 ottobre 1860 poteva essere giocato dai governi unitari come segno di attenzione del nuovo Stato nei confronti del necessario consenso di grandi masse di nuovi regnicoli. Ma il suffragio universale maschile non era all'ordine del giorno dell'Italia unita. E questa chiusura pone problemi tuttora storiograficamente irrisolti, visto che non appare convincente quanto riproposto nelle ricostruzioni più apprezzabili. Si è infatti pensato che questa chiusura fortemente censitaria, che enfatizzava oltre misura i caratteri di conquista regia non consensuale del Mezzogiorno e della Sicilia, potesse essere legata al timore che masse incontrollate di nuovi elettori rurali potessero farsi strumento della Chiesa e delle cessate dinastie per affossare il progetto liberale unitario.

Prendere per buona questa spiegazione equivale a non conoscere i meccanismi di controllo del voto adottati in Europa alla fine dell'Ottocento e impeccabilmente introdotti dai governi provvisori degli Stati italiani per la preparazione di plebisciti dall'esito più che sicuro. Anche se una consultazione plebiscitaria – con la sua semplificazione binaria legata alla coppia antinòmica sì/no – presenta elementi di minore difficoltà rispetto a una consultazione elettorale con dei candidati da innalzare al seggio parlamentare, era da escludere che un vasto elettorato meridionale avrebbe potuto esprimere una compatta deputazione «anti-sistema», eversiva degli equilibri istituzionali dell'Unità italiana.

Al contrario, l'unica esperienza di scrutinio a suffragio universale maschile finalizzato all'elezione di deputati – quello legato al nonimestre costituzionale napoletano del 1820-1821 – aveva elevato a rappresentanza nazionale delle Due Sicilie una deputazione di dignitosi notabili di formazione settecentesca e murattiana non certo sospetti di utopie eversive.

4. *Un regime che non vuole basi di massa: il suffragio censitario (1860-1882)*

A soli dieci giorni dai plebisciti meridionali a suffragio universale maschile, una legge del 31 ottobre 1860 dà «facoltà al Governo del Re di regolare con Regii Decreti» la materia elettorale. È così che il R.D. 10 dicembre 1860 ripropone testualmente i contenuti della legge 17 marzo 1848, estendendo a tutte le nuove province dello Stato una normativa elettorale improntata a criteri rigidamente censitari, tali da escludere dalla vita pubblica la quasi totalità della popolazione maschile maggiorenne. In tal modo l'Italia unita metteva in piedi un regime formalmente rappresentativo che, al tempo stesso, rinunciava programmaticamente ad avere basi di massa. Disegno suicida, come avrebbero mostrato nei decenni successivi le vicende dello Stato liberale e della sua classe dirigente, espressione di cerchie ristrettissime di *élites* notabilari, sostanzialmente auto-legittimantesi in pratiche elettorali viziate dal continuo intervento governativo mediato dai prefetti. Anche se, in via eccezionale, il governo si astiene talora dall'esercitare un'influenza elettorale. È quanto accade al Gabinetto La Marmora alle elezioni del 22 ottobre 1865; il suo disimpegno provoca un'avanzata della Sinistra parlamentare e la caduta di candidati illustri (Francesco De Sanctis, Carlo Poerio, Ruggero Bonghi, Giuseppe Massari ecc.). Per Giovanni Lanza si tratta di una neutralità inaccettabile:

«Sta bene che il Ministero non intervenga con mezzi corrompitori nelle elezioni, ma che se ne stia proprio con le mani alla cintola a contemplare la lotta, come di cosa che non lo riguardi, è tale insipienza di cui non si trova esempio negli annali di nessun Governo costituzionale. Passi ancora questo sistema della inazione per i tempi tranquilli e normali; ma quando i marosi imperversano, non si abbandona la nave in balìa delle onde o dei venti, e senza nocchiero che la governi»[21].

Viceversa, quando alle elezioni del 1874, gestite dal ministro degli Interni Cantelli, l'ingerenza è palese, la Sinistra parlamentare – per il momento forza di opposizione – stigmatizza la gestione governativa delle elezioni; le illegalità sono denunciate il 13 febbraio 1875 in un severissimo intervento da Benedetto Cairoli:

«Non vi è reminiscenza nelle passate legislature che possa stare a confronto dell'ingerenza governativa elevata a sistema ... Minacce, promesse, destituzioni per dispetto; sospensioni o promozioni per eleggibilità, l'esercizio del diritto elettorale contrastato in certi casi e facilitato in altri fino a quell'inaudito salvacondotto dato ad un detenuto imputato per reato comune; promozioni fino a quell'onoraria carica di presidente del Tribunale data ad un pretore, ufficio nuovo, ignorato almeno finora dai giureconsulti; le circoscrizioni

[21] S. CILIBRIZZI, *Storia parlamentare politica e diplomatica d'Italia da Novara a Vittorio Veneto*, 7 voll., Napoli 1939, I, p. 457, nota 1.

elettorali mutate alla vigilia delle elezioni; anzi quando il decreto di convocazione dei collegi era già pubblicato, come avvenne in quelli di Este, Atessa, Campi Salentino ed altri; l'arbitraria revisione delle liste, o per aggiunte o per cancellazioni fatte fuori del tempo prescritto dalla legge e quando vi era la impossibilità dei reclami che la legge ammette»[22].

La legge del 1860 viene utilizzata in sette scrutini elettorali dalla VIII legislatura, il 27 gennaio 1861, fino alla XIV legislatura, il 16 maggio 1880. Dai 419.846 cittadini chiamati a eleggere 443 deputati l'indomani dell'Unità, si passa ai 620.491 cittadini chiamati a eleggere 508 deputati nel 1880. E a questo punto mi sembra utile aprire un diverso e finora incontaminato campo d'indagine.

Capita spesso di leggere che in rapporto all'intera popolazione italiana la legge di cui ci occupiamo abbia chiamato alle urne un'aliquota di elettori oscillante tra l'1,9 e il 2,2% del totale. Ma un raffronto non può essere costruito considerando nella massa degli esclusi dalla partecipazione politica gli individui minorenni – ritenuti inadatti al voto dalla legislazione di qualsiasi ordinamento politico – e le donne che, in base ai pregiudizi dell'epoca, si riteneva non dovessero concorrere alla formazione della volontà nazionale. Il raffronto va invece fatto utilizzando come termine di riferimento la massa dei maschi ultraventicinquenni, anche se le statistiche ufficiali non ci forniscono immediatamente questo dato. Al quale, tuttavia, possiamo avvicinarci con accettabile approssimazione.

Al momento dell'unificazione, nei confini dell'epoca – che non comprendono Veneto, Lazio, Trentino, Trieste – vivono più di 21 milioni di abitanti (21.777.000) aggregati in 4.839.333 famiglie di 4,5 componenti (2 coniugi e 2-3 figli). Questo dato ci mette dunque di fronte a circa 4,8 milioni di capi-famiglia – quasi certamente ultraventicinquenni, salvo trascurabili eccezioni – di cui i 419.846 cittadini chiamati alle urne rappresentano l'8,67% del totale. Due decenni più tardi, nel 1880, vivono all'interno di confini nazionali più ampi – con Veneto e Lazio – 28.294.000 abitanti, pari a 6.287.555 famiglie con altrettanti capifamiglia: solo 620.491 di essi, cioè il 9,86%, sono elettori. Il modesto incremento – in termini numerici circa 200.000 cittadini – è in parte dovuto all'aumento del peso fiscale, come ricorda Attilio Brunialti:

«Però sin d'allora, assai più che dell'uso del diritto, le masse si preoccupavano di questa triste cagione del suo allargamento: l'aumento delle imposte, ed il contribuente sopraffaceva l'elettore»[23].

22 *Ibidem*, II, pp. 77-78.

23 A. BRUNIALTI, *Elezioni politiche*, cit., p. 275.

Disaggregando da questa massa i dati relativi alle sole Due Sicilie – il cui territorio costituisce circa la metà dell'estensione del nuovo regno sabaudo – nei suoi confini al momento dei plebisciti vivono 8.600.000 abitanti, pari a 1.911.000 famiglie, ma solo 196.700 elettori e cioè il 10,29% dei capifamiglia; mentre nel 1880 il cessato Regno borbonico ha 10.300.000 abitanti, pari a 2.288.000 famiglie e solo 221.880 elettori e cioè il 9,69% dei capifamiglia. Interpretate, queste cifre ci dicono che le campagne meridionali restano prive di rappresentanza, abbandonate a un sistema di relazioni pre-politiche, nel quale, ben presto, si innesta un meccanismo di intimidazione criminale allo stato nascente fatto di campieri e renitenti alla leva datisi alla macchia, subordinati ai grandi affittuari pre-mafiosi: come risulta dai dibattiti parlamentari del 1875. Milioni di nuovi sudditi 'paesani', probabilmente ignari dell'avvenuta devoluzione di sovranità a beneficio della «monarchia rappresentativa» dei Savoia e del suo Parlamento, si vedevano rappresentati virtualmente da latifondisti nominati senatori in virtù di quanto previsto dallo Statuto Sardo:

«art. 33. Il senato è composto di membri nominati a vita dal re, in numero non limitato, aventi l'età di quarant'anni compiuti, e scelti nelle categorie seguenti:

1.-20. [*omissis*]

21. Le persone che da tre anni pagano tremila lire d'imposizione diretta in ragione de' loro beni, o della loro industria»,

mentre la Camera era riservata a famelici capi-clientele designati da pochi privilegiati dimoranti, per lo più, nei centri urbani. Anche nell'epoca della Destra storica (1861-1876) – così celebrata per levatura e disinteresse della sua classe dirigente – la corrispondenza dei deputati ci disvela un mondo in cui sono labilissimi i confini tra il favore reso all'amico, l'interessamento per i problemi del collegio (scuole, viabilità) e la corruttela. Non si sottraggono alla sollecitazione e se ne fanno queruli portavoce Giuseppe Pisanelli – padre del codice civile del 1865 – Silvio Spaventa, Nicola Nisco, Giuseppe Massari, per fermarci solo ai nomi più noti.

A sua volta, la partecipazione alle elezioni continua a rivelarsi modesta, attestandosi su percentuali oscillanti tra il 57,10% degli aventi diritto (27 gennaio 1861) e il 59,62% (16 maggio 1880), con una presenza numerica effettiva che va dai 239.746 elettori del 1861 ai 369.953 del 1880. Il costituzionalista liberale Attilio Brunialti, con immagine efficacissima, ha parlato di «apatia, che sin dai primi anni del nuovo regno presiedeva alle elezioni politiche»[24]; lo stesso Bettino Ricasoli, in una sua circolare

[24] *Ibidem*.

del 26 giugno 1866, invitava a «curare questa malattia dannosissima ad un paese che si governa coll'opinione pubblica»[25].

Ma la curva della partecipazione politica non tiene conto di queste sollecitazioni. Ipotizzando collegi caratterizzati da un uguale numero di elettori, se ne presentano 541 per collegio (su 947) alle elezioni del 1861 e 728 per collegio (su 1.221) alle elezioni del 1880; i ballottaggi, dopo aver subito un'impennata nel 1870 (furono 342 contro 166 proclamazioni al primo turno) si ridussero a soli 149 nel 1880. Vale a dire che in quest'ultima tornata 359 deputati furono eletti al primo turno, raccogliendo almeno 407 voti (pari a un terzo degli aventi diritto, come previsto dalla legge).

Quando ci si trova di fronte a un così sistematico rifiuto di cittadinanza opposto dall'ordinamento politico ai nove decimi dei capifamiglia, anche i meccanismi di controllo del suffragio prendono strade lontane dalla nostra modernità: per ottenere o aggregare il consenso, non occorre l'intimidazione; è sufficiente che il prefetto faccia capire ai pochi elettori che votando per l'opposizione si precluderanno i favori ministeriali, come osserva Pasquale Turiello in una sua lettera del 28 marzo 1868:

«In fatto di elezioni nelle province napoletane io ho un concetto molto semplice. Credo che per tre quarti dipendano dai prefetti e dal ministro, non nel senso che al momento del voto questi possano fare quel che vogliono mostrando la loro volontà, ma nel senso che se mostrassero prima alle popolazioni che per mezzo dei deputati della Sinistra non s'ottengono favori, e che le porte dei ministeri sian chiuse a questi, il buon senso della popolazione, preparato così e lasciato a se stesso farà il bene da sé»[26].

Leggermente diverso il quadro prospettato da Gaetano Salvemini che ci parla di elenchi di elettori artificialmente allungati per intervento prefettizio:

«Con un corpo elettorale ristretto, la elezione era un gioco da bambini per un prefetto. Per spuntarla in un collegio bastava mandare a votare una frotta di impiegati governativi pagando loro il viaggio. Nel collegio di Avellino nel 1874 il prefetto iscrisse nella lista 135 impiegati: il candidato vincitore ottenne una maggioranza di 36 voti. In Roma le cose dovettero procedere più in grande: il prefetto iscrisse di ufficio nelle liste elettorali 1461 elettori, quasi tutti guardie di pubblica sicurezza; nel secondo collegio, votarono 66 impiegati alla questura, 170 guardie di pubblica sicurezza e 36 guardie di finanza»[27].

[25] *Ibidem.*

[26] P. TURIELLO, *Governo e governati in Italia* (1882), a cura di P. BEVILACQUA, Torino 1980, p. 126, nota 15.

[27] G. SALVEMINI, *Fu l'Italia prefascista una democrazia?*, in G. SALVEMINI, *Il ministro della mala vita e altri scritti sull'Italia giolittiana*, a cura di E. APIH, Milano 1962, p. 552.

A volte, non era necessario allungare artificialmente l'elenco degli elettori. Bastava l'invito a cena, l'incontro in salotto, la piccola riunione in una sala comunale: tutti accorgimenti che, in una società basata sulla deferenza, potevano dispiegare una loro utilità. È quello che succede in un notissimo episodio di ballottaggio, reso immortale dalla *verve* – talora ingenua – con cui un candidato celebre, Francesco De Sanctis, ne ha tramandato il ricordo in un suo paradigmatico *Viaggio elettorale.* Al centro della vicenda vi sono le elezioni del 1874 e un collegio uninominale, quello di Lacedonia (nella provincia di Principato ulteriore: Avellino), incastonato nel feudo campano di Giovanni Nicotera, spregiudicato ex garibaldino, abilissimo costruttore di clientele. In quella circostanza, nel collegio di Lacedonia le operazioni elettorali si ripetono tre volte. Al primo turno, l'8 novembre 1874, votano 706 elettori su 846 iscritti; al ballottaggio del 15 novembre i votanti scendono a 689; avendo però la Camera dei deputati annullato le operazioni di ballottaggio (per la presenza di schede «segnate», cioè rese riconoscibili, da sostenitori di Francesco De Sanctis), un terzo turno, il 17 gennaio 1875, vede 685 votanti.

Fino al momento del secondo ballottaggio, Francesco De Sanctis, esule dal 1848 e nativo di quei siti, per breve tempo governatore (prefetto) di Avellino dopo il 1860, si è guardato bene dal rimettervi piede. Tuttavia, benché candidato assente, essendo sostenuto da un notabile locale – l'on. Michele Capozzi (1836-1917) di Salza Irpina, che gioca lo studioso contro il proprio avversario Serafino Soldi – e da una ramificata rete di parentele e amicizie, l'insigne studioso raggranella 250 voti al primo turno e 377 al ballottaggio poi annullato. Sentendosi alle strette per l'impegno profuso nel collegio dal candidato rivale che controllava dai 278 (primo turno) ai 303 suffragi (ballottaggio annullato), uno svogliato De Sanctis si mette finalmente in viaggio per contattare direttamente gli elettori e farsi rivedere in carne e ossa da parenti, cugini, zii, fino ad allora celebrati sì nei ricordi, ma di fatto dimenticati senza problemi. Raggiunta faticosamente l'Irpinia a cinque giorni dal ballottaggio, l'11 gennaio 1875 De Sanctis è, finalmente, a Rocchetta di Sant'Antonio. Scrive al sindaco, fa radunare tutti gli elettori e se li fa presentare «ad uno ad uno», poi giustifica la lunghissima assenza:

«Io vengo a rivendicare la patria mia. Dopo un oblìo di quattordici anni, voi, miei concittadini, travagliati da lungo ed ostinato lavoro di parecchi candidati, avete all'ultima ora improvvisata la mia candidatura, e avete intorno al mio nome inalberata la bandiera della moralità»[28].

[28] F. DE SANCTIS, *Un viaggio elettorale*, Napoli 1876; ora in F. DE SANCTIS, *Un viaggio elettorale. Seguito da discorsi biografici, dal taccuino parlamentare e da scritti politici vari*, a cura di N. CORTESE, Torino 1968, p. 13.

Lo attendono quattro giorni più che convulsi – data la sua notorietà, De Sanctis avrebbe preferito attendere i risultati a Napoli o Roma, senza rivedere i patrii lidi – ma gli riesce di incontrare tutti gli elettori. Nei comuni di Lacedonia, Bisaccia, Cairano i sindaci gli mettono a disposizione le sale comunali; a Calitri il sindaco lo osteggia e De Sanctis vede gli elettori in casa di un assessore. Non potendo recarsi a Teora, Conza e Sant'Andrea per mancanza di strade carrozzabili, scrive agli elettori più influenti che lo raggiungono con i loro seguaci in suggestivi incontri montani descritti nei dettagli dal *Viaggio elettorale*. Ad Andretta, in casa Alvino, una settantina di elettori, per probabile influenza di Nicotera, gli si dimostrano ostili e lui prende malissimo la cosa, come gli succede ogni volta che qualcuno gli preannuncia un voto contrario; a Morra Irpina fa in tempo a riabbracciare qualche dimenticato parente. Poi arriva il giorno del ballottaggio e l'ingenuo candidato scopre che nel suo paese natale qualcuno – per probabile influsso del suo «grande elettore», il sacerdote Marino Molinari – aveva reso identificabili i voti di preferenza:

«Quello [il sindaco] è un demonio. ne trova sempre. E ha trovato che s'hanno a dichiarar nulle quelle schede, dove c'è scritto altro che il solo nome e cognome.
Per Dio! Allora è nulla la mia, dove scrissi: 'De Sanctis, non vogliamo versipelli'.
E la mia, dove scrissi: 'De Sanctis oratore italiano'.
Bravo! come potesse esser creduto un turco.
E la mia, che ne dite? 'De Sanctis fratello di Don Vito'.
Bravissimo! Don Vito notissimo per far conoscere De Sanctis mal noto.
Sicurissimo. Tra noi Don Vito chi non lo conosce?
E io che scrissi: 'De Sanctis professore a Zurigo'.
E io? - E io?
Ma allora tutte le schede saranno nulle. Oh che guaio! Ciascuno ci ha voluto mettere qualcosa di suo ...
E bene sta. perché volere il 'santo'?
Cosa? – diss'io.
Il 'santo', che è a dire un segno, un che sulla scheda convenuto tra due.
Anche questo? Ma allora siete tutti gente senza fede, e non è secreto il voto, e l'elezione è nulla».

Dando conto dell'episodio, De Sanctis mostra di cadere dalle nuvole; soprattutto, non vorrebbe aver sentito quello che è stato detto; ci pensa allora il sacerdote Marino Molinari che ha organizzato l'elezione a far tacere gli sprovveduti, ruotando «gli occhi che parevano saette»[29]. All'apertura delle urne, la conferma dell'avvenuta elezione. Ma Francesco De Sanctis – il rètore degli affetti famigliari nella lontananza napoletana, torinese e romana, il conterraneo importante che accoglie malissimo i compaesani

[29] *Ibidem*, pp. 87-88.

che dicono apertamente di non votarlo – scopre che a Morra, suo paese natale, rispetto al primo ballottaggio, che gli aveva dato 77 voti, ne ha riportati solo 20 in più, 97:

«La mia presenza, il mio viaggio valeva dunque ... venti voti! ... Io dunque mi sentivo umiliato sino in quel mandamento, dove mi promettevo l'unanimità ... e non ne potei più, traboccò la mia indignazione, e maledissi l'ora e il momento che mi trovai in questo ballo»[30].

Secondo una convincente tesi illustrata alla fine dell'Ottocento da Attilio Brunialti, nel primo decennio unitario la classe dirigente, assorbita dalla vicenda di Roma capitale, non dette la dovuta importanza al problema elettorale. Poi, a partire dal 1872, la questione fu sollevata dalla Sinistra parlamentare, che si mosse in due direzioni: abbassando la soglia della «maturità elettorale» dai 25 ai 21 anni previsti dal Codice civile del 25 giugno 1865 per la maggiore età (art. 323); proponendo, inoltre, di ammettere al voto tutti i cittadini maschi maggiorenni in grado di leggere e scrivere. Va però rilevato che in una situazione di robusto analfabetismo quale quella italiana, rendendo elettori gli alfabetizzati non si sarebbe allargato il corpo elettorale. Appare quindi legittimo interrogarsi sulla natura meramente propagandistica – e, all'atto pratico, ininfluente – del supposto allargamento del suffragio. Prescindendo dalle loro motivazioni, registriamo le iniziative di Benedetto Cairoli (13 maggio 1872), del faccendiere garibaldino Rocco de Zerbi (19 aprile 1875), infine, di Agostino Depretis. A tal proposito, rileva Attilio Brunialti:

«Il Depretis, quando venne chiamato al potere dalla fiducia del parlamento e del re, aveva già affermata, nel programma che per poco non pigliò il posto del quinto evangelo, la necessità di avviarsi risolutamente al suffragio popolare. Ma né Depretis, né Nicotera, ministro dell'Interno, avevano fretta di compiere la riforma elettorale, e per nessuna cosa al mondo non l'avrebbero voluta compiere colla larghezza già proposta dal Cairoli. Laonde fu istituita una Commissione, con un solenne decreto reale, che dava alla riforma un'autorità mancata alle altre, come s'addice alla sua importanza politica, ed assicurava in cotal modo il paese che questa volta la sua attesa non sarebbe stata delusa»[31].

Viceversa, i 6 anni successivi – descritti con vivaci pennellate da Attilio Brunialti che fu collaboratore di Zanardelli – furono affaticati da interruzioni continue: dimissioni, crisi di governo, eventi imponderabili, che allontanavano sempre più la conclusione dei lavori di commissioni sempre diverse. Furono necessari 6 anni e la risolutezza di Giuseppe Zanardelli per arrivare a un risultato che – dato il contesto di assoluta sottovaluta-

30 *Ibidem*, p. 89.

31 A. BRUNIALTI, *Elezioni politiche*, cit., p. 275.

zione della necessità di dare basi di massa a una compagine di nascita recentissima e artificiale quale il regno d'Italia – fu apprezzabile, arrivando a triplicare il corpo elettorale.

A quanti tendono a sopravvalutare le difficoltà tecniche legate alla ridefinizione della geometria dei collegi elettorali e dei criteri di rappresentanza, va però ricordato che un secolo prima – tra il 15 settembre e il 29 dicembre 1789 – il *Comité de Constitution* dell'Assemblea Nazionale Costituente in un centinaio di giorni aveva saputo dare alla Francia una moderna legge elettorale[32] agganciata a una riparametrazione del territorio – i dipartimenti – che ancora oggi è fondamento della struttura amministrativa transalpina. Pesò, invece, sui lavori italiani la diffidenza con cui *leaders* parlamentari sempre più lontani dal paese reale guardavano all'eventuale ampliamento del corpo elettorale come a un'iniziativa che avrebbe vanificato il peso di relazioni personali faticosamente costruite. Secondo Brunialti:

«Tra gli uni come tra gli altri vi erano uomini animati da una fede purissima e da un profondo convincimento, e v'erano in maggior numero di quelli che si domandavano se col collegio ampio avrebbero avuto più o meno influenza, maggiore o minor sicurezza di tornare alla Camera, e la risposta avrebbe dettato loro il voto»[33].

5. *La riforma Zanardelli: il suffragio allargato (1882)*

La legge Zanardelli 24 settembre 1882/999 abbassò la soglia di accesso al voto ai maschi ventunenni in grado di «saper leggere e scrivere» (art. 1); tale capacità richiedeva che si provasse «d'aver sostenuto con buon esito l'esperimento prescritto dalla legge e dal regolamento sulle materie comprese nel corso elementare obbligatorio» (art. 2). Erano esonerati dall'onere di fornire la prova di alfabetizzazione nove categorie di professionisti (avvocati ecc.) e pubblici funzionari (maestri, professori, ufficiali ecc.), nonché i decorati al valor civile e militare e i reduci ai quali «fu riconosciuto, con brevetto speciale, il diritto di fregiarsi della medaglia commemorativa delle guerre per l'indipendenza e l'unità d'Italia» (art. 2). In base all'art. 3 erano «parimenti elettori, quando abbiano le condizioni indicate» dall'art. 1 (maggiorenni alfabetizzati con il godimento dei diritti civili e politici) i cittadini maggiorenni iscritti nei ruoli delle imposte dirette per una somma annua di lire 19,80; oltre a una serie di affittuari

[32] Cfr. R. MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna 2001, pp. 204-209.

[33] A. BRUNIALTI, *Elezioni politiche*, cit., p. 277.

di fondi rustici (mezzadri e coloni miglioratori) di botteghe e magazzini. Criterio che, pur dimezzando la somma prevista dalle leggi del 1848 e del 1860, venne contestato in sede parlamentare da quanti ritenevano che il riferimento censitario «dovesse essere assolutamente abbandonato, non corrispondendo ai principii sui quali deve essere fondato il potere elettorale politico in uno Stato moderno»[34].

Grazie alla riforma Zanardelli i 620.491 elettori del 1880 furono portati due anni dopo a 2.018.304, lasciando fuori dell'uscio elettorale circa quattro milioni di capifamiglia. Malgrado conservatori lungimiranti come Sidney Sonnino avessero suggerito di adottare il suffragio universale maschile, prevalse la diffidenza e la chiusura nei confronti di un'operazione di vasto respiro politico. Si disse che le condizioni non lo permettevano.

In realtà, il suffragio nuovo – allargato, ma non universale – avrebbe permesso un sapiente consolidamento delle clientele. Sotto gli occhi dell'incauto Zanardelli era stata fatta scivolare una disposizione transitoria, l'articolo 100, che consentiva di presumere la capacità di leggere e scrivere. Sarebbe bastato presentarsi dinanzi a un notaio con due testimoni, redigendo per iscritto una «domanda alla giunta comunale» con cui chiedere il proprio inserimento nelle liste elettorali: «il notaio nell'autenticazione [avrebbe dichiarato] di aver veduto scrivere e firmare la domanda in presenza sua e dei testimoni». Questa deroga transitoria fu utilizzata nei collegi meridionali con grande vivacità e Crispi, Nicotera, Rocco de Zerbi e tanti altri vi costruirono le proprie fortune elettorali. D'altra parte, la Corte di Cassazione di Roma aveva sentenziato che per escludere la qualifica di analfabeta bastasse scrivere il cognome del candidato sulla propria scheda elettorale. Se ne videro di tutti i colori e l'indignato Attilio Brunialti ci ricorda che vennero ritenute «valide anche le schede ... vergate col mezzo di appositi calchi [normografi] o con altri sotterfugi, da elettori che non sapevano scrivere più di uno o due nomi, insegnati loro talvolta a grande stento nei giorni precedenti alla elezione»[35]. Probabilmente, in caso di adozione del suffragio universale maschile, la logica dei grandi numeri avrebbe vanificato l'uso del normografo, obbligando chi controllava le clientele a passare dalla frode e dall'imbroglio picaresco a forme di ben più efficace intimidazione di massa.

Stando, però, a quanto scrive Gaetano Salvemini, già l'allargamento del suffragio operato nel 1882 aveva reso anacronistico l'ambiguo invito a

[34] *Ibidem*, p. 281.

[35] *Ibidem*, p. 280.

cena, praticato in regime di suffragio ristretto nella seconda metà dell'Ottocento. E visto che, a detta di Salvemini, i «mazzieri» di Giolitti erano soliti supportare i candidati ministeriali nei collegi meridionali, non ci meraviglieremo nel leggere che il virile manganello possa aver indirizzato il voto meridionale nelle elezioni del primo ventennio del Novecento:

«All'appressarsi della giornata campale, la polizia dava i permessi d'arme alla malavita della città e delle città limitrofe. I 'mazzieri' si concentravano sulla città da essere conquistata, avendo, come si diceva, 'carta bianca'. Gli oppositori non potevano tenere comizi in pubblico; erano assediati nelle case; se uscivano erano randellati o messi senz'altro in prigione fino al giorno dopo le elezioni. Gli elettori in sospetto di appoggiare l'opposizione non ricevevano i certificati elettorali, e quindi non potevano votare. Quelli, invece, che militavano nelle file governative, ottenevano non solo i certificati propri, ma anche quelli degli oppositori e degli emigrati. Nelle sale, in cui si votava, mancando i rappresentanti dell'opposizione, perché sequestrati in casa, o messi provvisoriamente in prigione, i vivi a piede libero votavano quante volte volevano; votavano anche i defunti ... Uno dei metodi più comuni era fare il 'coppino': il 'coppino' è il ramaiolo con cui si aggiunge acqua nella pentola; l'acqua consisteva nei voti che si aggiungevano nell'urna»[36].

Erano questi i metodi giolittiani. Così che quando, il 16 marzo 1928, alla Camera Giolitti parlò contro la riforma elettorale voluta da Mussolini, il Duce osservò sarcastico: «Già, verremo da lei a imparare a fare le elezioni»[37].

III. La Camera dei deputati

1. *Camera e Gabinetto*

Le elezioni a cui mi sono riferito miravano all'investitura dei membri della Camera dei deputati che, nel sistema bicamerale delineato dallo Statuto albertino, era la sola investita dal basso, visto che il Senato, come ho già detto, era di nomina regia.

Questa diversa legittimazione fa sì che il bicameralismo statutario veda, fin dalla prima legislatura subalpina (8 maggio 1848), una prevalenza della Camera elettiva. Lo Statuto albertino prevede che essa – a differenza del Senato che è subordinato alle scelte del re (art. 35) – elegga in piena autonomia l'intero ufficio di presidenza (art. 43). Quest'autonomia avrebbe potuto condizionare lo sviluppo del regime rappresentativo. La bocciatura del candidato ministeriale alla presidenza della Camera, oppure una sua

[36] G. Salvemini, *Fu l'Italia prefascista una democrazia?*, cit., pp. 549-550.

[37] *Ibidem*, p. 555.

elezione con margini ridotti o, addirittura, l'elezione di un presidente sgradito a Corte, sono stati interpretati in sede storiografica come altrettanti segnali rivolti al re riguardo allo stato di salute del suo governo, potendo configurarsi quali avvisaglie di aggregazione di nuove maggioranze. Paradigmatiche alcune designazioni. Per esempio, l'elezione di Rattazzi interpretata come implicita sfiducia al presidente del Consiglio Ricasoli (1862); l'elezione di Lanza ritenuta dal presidente del Consiglio Menabrea motivo di dimissioni (22 novembre 1869); l'elezione di Benedetto Cairoli, interpretata allo stesso modo da Agostino Depretis (11 marzo 1878).

Sembrerebbe dunque che, salvo casi di gestione personale delle crisi (nomine di Farini nel 1862, La Marmora nel 1865, Menabrea nel 1867, Pelloux nel 1898), il re si sia attenuto all'indicazione della Camera. Viceversa, se l'interprete abbandona la ricostruzione manualistica per passare in rassegna le crisi di governo, può agevolmente rendersi conto che solo in casi isolati la presidenza della Camera è stata passaggio obbligato per la presidenza del Consiglio. D'altra parte, la Camera elettiva in età liberale può dirsi estranea alla formazione del gabinetto, non prevedendo né lo Statuto, né la prassi parlamentare (almeno fino a Tittoni, marzo 1905) un voto di fiducia al governo nella forma dell'approvazione del programma illustrato in aula dal presidente del Consiglio[38].

2. *Attribuzioni della Camera*

Quanto scritto fino ad ora, non deve però portarci sul radicale pendio di un eccessivo ridimensionamento dell'assemblea elettiva. Se è vero, infatti, che essa in regime statutario non costituì affatto il perno dell'intero sistema, è del pari vero che rilevanti rimasero le sue attribuzioni istituzionali. La Camera dei deputati vota per prima il bilancio dello Stato (art. 10) e, in via generale, gestisce la politica fiscale regolando la pressione tributaria. Un suo voto contrario a un provvedimento legislativo d'iniziativa ministeriale comporta le dimissioni del gabinetto e l'apertura della crisi, spesso decisa dal primo ministro in caso di approvazione votata da una maggioranza esigua. La sua fiducia può, inoltre, essere saggiata dallo stesso presidente del Consiglio – con la «questione di gabinetto», che lega al voto di un determinato provvedimento la sorte della sua compagine – oppure da uno o più deputati che, inserendosi in un dibattito parlamentare, pos-

[38] Per quanto attiene a ruolo e funzioni della Camera, si è fatto riferimento a M. MANCINI - U. GALEOTTI, *Norme ed usi del Parlamento italiano. Trattato pratico di diritto e procedura parlamentare*, Roma 1887.

sono metterne a frutto la chiusura, presentando un ordine del giorno di approvazione oppure di censura, che rafforza o azzera, a seconda dei casi, la vita del governo.

Sull'esecutivo e l'amministrazione e, più in generale, sulla situazione del paese, la Camera dei deputati esercita l'ispezione politica con differenti gradi di incisività.

a. L'interrogazione

Un primo e più modesto intervento ispettivo si ha con l'interrogazione scritta relativa a questioni d'interesse eminentemente locale (scuole, lavori pubblici, trasferimenti di impiegati). Generalmente, essa è letta a fine seduta – per essere iscritta all'ordine del giorno di una seduta successiva – quando già da tempo l'aula ha cessato di avere la minima parvenza di numero legale e, nella migliore delle ipotesi, i pochi deputati presenti sciamano con i cronisti parlamentari nel «corridoio dei passi perduti», o affollano la *buvette*. Tuttavia, benché di fatto marginalizzata, l'interrogazione parlamentare figura nel verbale della seduta e consente al singolo deputato interrogante di darne notizia agli elettori del proprio collegio: segno tangibile di esistenza e attività d'aula che non manca d'influenzare le successive scadenze elettorali, attestando il peso nazionale del proprio rappresentante.

b. L'interpellanza parlamentare

L'interpellanza parlamentare ha, teoricamente, un'importanza maggiore rispetto alla semplice interrogazione: il deputato interpellante ha diritto di replica e può servirsi della tribuna parlamentare per acquisire notorietà nazionale o per mettere in difficoltà il governo. Anche se il caustico Ettore Ciccotti (1863-1939), deputato socialista a partire dal 1900, ne ridimensiona l'efficacia pratica, dato che

«il lunedì, giorno assegnato al loro svolgimento, è per i deputati, come per i calzolai, il prolungamento della domenica; e gli onorevoli sono ancora sparsi per tutte le plaghe d'Italia, e la seduta procede monotona con 20 sonnolenti e un predicante al deserto»[39].

A volte, però, interrogazioni e interpellanze non servono a mettere in difficoltà l'esecutivo, bensì, concordate con esso, consentono al presidente

[39] E. Ciccotti, *Montecitorio. Noterelle di uno che c'è stato*, Venosa (Potenza) 1987, p. 52.

del Consiglio di chiarire la posizione ufficiale del governo su questioni d'interesse nazionale. È così che il Cavour concorda con Rodolfo Audinot la presentazione dell'interpellanza su Roma che consentirà poi allo statista di sottrarre al monopolio mazziniano lo slogan felicissimo di «Roma capitale», permettendogli, inoltre, di delineare gli indirizzi di politica ecclesiastica (25 marzo 1861).

c. L'inchiesta parlamentare

Meno gradita al governo, talora deliberata per metterlo in difficoltà in àmbiti delicatissimi, è l'inchiesta parlamentare. Malgrado le controversie dottrinali legate alla maggiore o minore estensione dei poteri d'indagine attribuiti dalla legge all'eminente collegio ispettivo, la sua semplice attivazione rischia di mettere il governo in difficoltà. Anche quando l'esecutivo cerca di paralizzarne i lavori con opportune disposizioni censorie impartite a questori, prefetti, comandi militari – come, per l'appunto, accadde con l'inchiesta sul brigantaggio – la Commissione ha l'opportunità di adottare le opportune contro-misure.

Il fatto è che la Commissione d'inchiesta adotta metodi e sistemi dell'autorità giudiziaria e ciò rende difficile l'insabbiamento, una volta avviato un procedimento che è macchinoso e strutturato nei dettagli. In questo senso, si potrebbe quasi sostenere che essa può rivelarsi il meno parlamentare di tutti gli organismi. Il pubblico non è ammesso ai suoi lavori, i giornali la seguono a distanza, più che parlare vi si scrive e il verbale delle audizioni assurge a protagonista indiscusso di questa particolare forma di 'autocoscienza della Nazione'. Quanto detto dai testi – siano essi pubblici ufficiali o sconosciuti regnicoli – viene verbalizzato; la rilettura delle deposizioni evidenzia le contraddizioni, cristallizza le aporìe, inchioda alle rispettive responsabilità. Il verbale è il 'convitato di pietra' di qualunque indagine e nella sua stessa materialità ne condiziona lo svolgimento. Per plurisecolare tradizione giurisdizionale, recepita dalla moderna legislazione europea (si pensi alle disposizioni dettate dall'*Ordonnance Civile* del Re Sole nel 1667), esso ha vita autonoma e delicatissima. Il verbale è un registro con pagine bianche pre-numerate e siglate: strapparne una già costituisce presunzione d'illecito a carico di chi ne aveva la custodia; ogni abrasione, cancellatura o macchia che renda illeggibile la scrittura sottostante costituisce prova d'illecito a carico del verbalizzante. Questi dovrà, invece, eliminare i periodi o le frasi scritte per errore con tratti di penna che modifichino senza eliminare, in modo che sia sempre possibile ricostruire con ragionevole approssimazione le fasi di formazione,

ridefinizione e manipolazione della realtà scritta. Appare evidente quanto tutto questo sia prezioso per l'opposizione parlamentare, quando voglia utilizzare questa particolare forma di istruttoria per avere un quadro globale del tasso di legalità del sistema o del livello di efficienza degli apparati statali.

3. *L'organizzazione interna: Uffici e Commissione degli Uffici*

Ai fini di una razionalizzazione del lavoro legislativo i deputati vengono divisi ogni due mesi per sorteggio in nove Uffici di una cinquantina di componenti. Agli Uffici è demandato l'esame preliminare dei disegni di legge; successivamente, ognuno di essi designa, a maggioranza, un commissario destinato a far parte di un organismo temporaneo – la Commissione degli Uffici – investito della relazione da illustrare in aula. Nel *cursus honorum* dei deputati in ascesa, l'aver svolto le funzioni di relatore per provvedimenti significativi è titolo di merito per un'eventuale futura nomina a ministro.

Malgrado le riserve da me più volte formulate sul sistema statutario, devo però aggiungere che al microcosmo delle relazioni parlamentari appartengono molte pagine significative della storia istituzionale dell'Italia unita. Redatte con cura sulla base di una documentazione vastissima, spesso attenta agli aspetti comparativi delle questioni e alle soluzioni adottate in altri ordinamenti statali, ricche di prospetti statistici, dati, commenti, le relazioni parlamentari sono fotogrammi essenziali all'interno della complessa radiografia di una Nazione che, antica, interroga se stessa sulle potenzialità di riuscita di un regno nuovo, gestito da una *élite* ristretta e non del tutto in sintonia con il paese profondo. Genere letterario 'alto' all'interno della prosa specializzata burocratico-amministrativa, meraviglia che questa essenziale grammatica ufficiale di uno Stato che comincia a strutturarsi sia sfuggita all'attenzione della storia giuridica schiacciata sulle sue suggestioni medievali e rinascimentali e della stessa storia istituzionale, più legata all'universo burocratico-amministrativo dei prefetti e delle circolari che a quello costituzionale della prassi e del progetto di governo. Quasi che un esame di aspettative, valutazioni, progetti, del loro tasso di affidabilità, sia del tutto ininfluente per mettere a fuoco radici antiche di disfunzioni attuali, con la scoperta, sempre possibile, dell'esistenza di opzioni presenti all'epoca ma già disattese e che, al contrario, attuate tempestivamente avrebbero potuto prospettare scenari di più equilibrato sviluppo istituzionale.

4. *L'assenteismo parlamentare*

Ma questo recupero non deve farci sottovalutare realtà come l'assenteismo parlamentare, che anticipa la disaffezione per l'emiciclo di un'aula che diventa «sorda e grigia» solo quando la visibilità appartiene agli altri.

Nel primo quarantennio unitario le presenze raramente lambiscono le 400 unità su 508 seggi legislativi, più spesso si assestano intorno alle 200, con assenze che arrivano ai tre quinti dell'aula. Dopo aver esaminato circa 200 tornate, nella tabella abbiamo fermato la nostra attenzione solo su 15 votazioni, tra le più significative per la storia, non solo parlamentare, dell'Italia liberale.

Il voto sulla corruzione elettorale (giugno 1867) vede 211 assenti su 493 aventi diritto; il trasferimento della capitale a Roma (23 dicembre 1870) continua a vedere 211 scranni vuoti; 217 deputati sono indifferenti al voto della legge sulle Guarentigie (21 marzo 1871); 261 deputati sono indifferenti all'ingerenza governativa nelle elezioni (13 febbraio 1875); l'approvazione della legge Coppino sull'istruzione elementare obbligatoria vede 280 assenti (10 marzo 1877); alla riforma elettorale si sentono estranei 190 deputati (29 giugno 1881); l'approvazione della politica coloniale lascia indifferenti 232 rappresentanti (22 dicembre 1888) e 233 sono quelli che non partecipano al voto del provvedimento sulla festa nazionale del 20 settembre (luglio 1895).

Tab. 1. *Assenteismo parlamentare in occasione di quindici importanti votazioni alla Camera tra il 1866 e il 1899*

seduta	oggetto	votanti	deputati presenti	deputati assenti
21 marzo 1866	annullamento elezione di Mazzini a deputato di Messina	191 favorevoli 107 contrari	298	145
11 febbraio 1867	odg di P.S. Mancini (condanna della politica del governo)	136 favorevoli 104 contrari	240	253 (a partire dal 15.12.1866, con l'annessione del Veneto i deputati passano da 443 a 493)
giugno 1867	la Camera respinge la proposta Crispi d'inchiesta sulla corruzione elettorale	162 favorevoli 114 contrari 6 astenuti	282	211 deputati

seduta	oggetto	votanti	deputati presenti	deputati assenti
23 dicembre 1870	trasferimento della capitale a Roma	192 favorevoli 18 contrari	210	298 (508 a partire dal 1870)
21 marzo 1871	approvazione d.d.l. Guarentigie	185 favorevoli 106 contrari	291	217
26 gennaio 1874	d.d.l. Scialoja sull'istruzione elementare obligatoria	140 contrari 107 favorevoli	247	261
13 febbraio 1875	la Camera approva l'ingerenza governativa nelle elezioni	147 favorevoli 100 contrari	247	261
10 marzo 1877	riforma Coppino della scuola	208 favorevoli 20 contrari	228	280
19 maggio 1879	d.d.l. Tajani: la celebrazione del matrimonio religioso prima di quello civile è reato	153 favorevoli 101 contrari	254	254
23 febbraio 1881	abolizione del corso forzoso	266 favorevoli 27 contrari	293	215
29 giugno 1881	d.d.l. Depretis sull'obbligo del giuramento per i deputati e la decadenza dal mandato legislativo	222 favorevoli 45 contrari	267	241
22 dicembre 1888	approvazione politica coloniale	231 favorevoli 45 contrari	276	232
luglio 1895	d.d.l. Vischi che istituisce la festa nazionale del 20 settembre	249 favorevoli 26 contrari	275	233
18 giugno 1899	art. 1 d.d.l. Pelloux	180 favorevoli 113 contrari 5 astenuti	298	210
21 giugno 1899	pregiudiziale Pansini contro la riforma del Regolamento della Camera	30 favorevoli 225 contrari	255	253

I protagonisti – specie quando seggono all'opposizione – se ne rendono conto e stigmatizzano la tendenza, salvo dimenticarsene quando muta il contesto. Per esempio, il 15 aprile 1874, l'assenza dai lavori parlamentari è denunciata in termini energici da Francesco Crispi:

«L'organismo dello Stato è viziato; nel corpo politico vi è un *virus* che l'appesta e ne minaccia la vita. Guardate questa Camera? È dessa la Camera del 1861 e del 1862? Da tre giorni discutiamo una legge di finanza; legge, come dissi un momento fa, eminentemente politica. Ebbene, due volte in questi giorni le urne ci hanno rivelato la nullità dei nostri atti. Donde viene questa inerzia, questo sistema di venire in certe ore e lasciare la Camera in certe altre? Questa mancanza d'interesse, di zelo, che era supremo, signori, nei primi tempi del Parlamento italiano?»[40].

Lontani dall'aridità delle cifre e quasi grotteschi sono gli episodi evocati dal deputato Ettore Ciccotti nel suo vivacissimo saggio biografico. Uffici che si riuniscono tre volte per settimana a mezzogiorno e che, quasi sempre, sono alla disperata ricerca del numero legale; con il presidente che sguinzaglia gli uscieri nel «corridoio dei passi perduti», alla *buvette* e, più raramente, in biblioteca, per raffazzonare un presentabile consesso di una decina di colleghi su 50-60 membri del collegio, nella speranza che nessun deputato dell'opposizione chieda la verifica del numero legale. Analoghi i problemi in seduta plenaria, quando un nervosissimo presidente deve mettere in votazione importanti provvedimenti con un'aula semi vuota:

«Ma viene il momento della votazione; e benché la si sia rinviata alla seduta pomeridiana, il *quorum*, il numero legale non si raggiunge. All'ingresso dell'angusto passaggio ch'è tra il banco de' ministri e la piattaforma della presidenza, alcuni uscieri, con manate ricolme, distribuiscono a' deputati che sopravvengono le palline bianche e nere occorrenti a votare i disegni di legge da approvare: due, quattro, sei e anche più in una volta, come indicano le urne poste alle spalle de' ministri. Il deputato che arriva in fretta, qualche volta affannato, prende le palline dalle mani dell'usciere, entra nel passaggio, le depone nelle urne ed esce dall'altro lato, con un grande respiro per sollievo e per riprendere fiato ... Ma il numero legale non è ancora raggiunto: mancano ancora cento, cinquanta, trenta, venti deputati. Come si fa a raggiungerlo? E se non si raggiunge? Bisognerà dichiarare irrita la votazione e ricominciarla daccapo? Bisognerà sciogliere la seduta? Quale orrore! Il presidente si stira nervosamente gli scopettoni – senza scopettoni difficilmente si è presidente – e fa la voce più aspra con quelli che gli stanno intorno. Il ministro interessato comincia ad angustiarsi. I segretari s'inquietano. Ma come è possibile, se la posta della Camera dà presenti dugentonovanta deputati; e, un'ora fa, se ne son visti almeno quaranta all'Aragno, e iersera trenta al Costanzi, venti al Valle, e non so quanti all'operetta, al Quirino, e ai *cafés chantants* di via Due Macelli e via Palermo? I campanelli chiamano a distesa squillando in ogni più remoto angolo della Camera. Gli uscieri e i commessi, come bracchi tornano a cercare a chiamare a frugare da per tutto, se mai si

[40] F. Crispi, *Discorsi parlamentari*, Roma 1915, II, pp. 188 ss.

trovi un deputato che debba o possa ancora venire a votare. Inutile: il numero legale non si raggiunge ancora»[41].

Quadro peggiorato da Francesco Crispi:

«Bisognerebbe vedere il pandemonio di Montecitorio quando si avvicina il momento di una solenne votazione. Gli agenti del Ministero corrono per le sale e pei corridoi, onde accaparrare voti. Sussidi, decorazioni, canali, ponti, strade, tutto si promette; e talora un atto di giustizia, lungamente negato, è il prezzo del voto parlamentare»[42].

Tuttavia, questa tendenza, che è reale, va anche interpretata. L'assenteismo non va esaltato come fenomeno autoreferenziale, ma correlato ai numeri della rappresentanza italiana, decisamente sovradimensionata.

Assemblee numerose si legittimavano nel XVIII secolo – si pensi alla Costituente francese del 1789 con i suoi 1214 deputati – per la difficoltà dei trasporti e dei collegamenti tra collegi elettorali e capitale. Agli albori del parlamentarismo non si era abituati a lunghi soggiorni di due o più anni che per la durata del mandato sottraessero i rappresentanti alla loro rete di relazioni domestiche e sociali. Per tanto, un'assemblea all'apparenza sovradimensionata – in Francia la Legislativa e la Convenzione Nazionale nel 1791-1795 hanno 750 deputati – garantiva tra le 150 e le 250 presenze medie, consentendo ai restanti colleghi di assentarsi per motivi ufficiali – rappresentanti in missione – o privati (congedi familiari).

Ma negli Stati Uniti, la Convenzione costituzionale di Philadelphia (1787) fa una scelta di tipo qualitativamente diverso, pensando a un Senato federale di una trentina di membri. Il Parlamento napoletano, eletto a suffragio universale maschile nel Nonimestre 1820-1821, conta 90 deputati.

Viceversa, Torino percorre un'altra strada e il 1848 vede una Camera che conta ben 208 deputati per una popolazione di circa 5 milioni di abitanti. Probabilmente, ciò è in parte conseguenza del fatto che quel regno ha molte anime. Non si possono sacrificare le vallate savoiarde, né penalizzare la dimenticata Sardegna, né ricondurre la riottosa Genova alla logica implacabile del rapporto numerico abitanti/eletti. Per non annegare la rappresentanza piemontese nell'universo delle periferie del regno, si finisce con l'avere un'assemblea che poi dopo l'Unità, per superfetazioni successive, arriverà a contare 508 deputati a partire dal 1870.

Ho già detto che raramente la metà di quei deputati onorò l'aula. La complessiva credibilità della Camera, lungo tutta la fase della monarchia

[41] E. Ciccotti, *Montecitorio. Noterelle di uno che c'è stato*, cit., pp. 36-37.

[42] F. Crispi, *Discorsi elettorali (1865-1886)*, Roma 1887, p. 217.

liberale, pagò uno scotto crescente per questa ennesima sottovalutazione del modo di rapportarsi alle strutture istituzionali dello Stato da parte di chi voleva essere professionista della politica.

5. *Chi sono i deputati?*

Evocando i deputati ci viene spontaneo pensarli aggregati politicamente in formazioni che in qualche modo assomiglino o prefigurino gruppi parlamentari. Invece i deputati, al di là delle differenziazioni politiche, possono essere classificati in relazione al modo con cui onorano il loro mandato. La categoria più numerosa è data da chi va raramente nella capitale, servendosi invece del prestigioso appellativo di 'onorevole' su scala locale. Ne abbiamo un esempio paradigmatico nel *Viaggio elettorale* di Francesco De Sanctis: è Michele Capozzi, antagonista di Giovanni Nicotera in Irpinia, infaticabile costruttore di candidature ma, essenzialmente, uomo di collegio, legato quasi certamente al mondo degli appalti e dello scambio di favori locali.

Altrettanto numerosa è la categoria di quegli eletti che a Torino, Firenze o Roma ci vanno, preferendo però alla tribuna parlamentare teatri e *cafés chantants*, con le relative opportunità relazionali. Ma è con i 140-250 deputati mediamente presenti che dobbiamo fare i conti. Tra di loro vi sono quelli che anche Ettore Ciccotti definisce «ascari»: rincalzi necessari di ogni governo che abbia la benché minima probabilità di durare, essi sono presenti a comando. Sono loro, espressione di un'Italia profonda parlamentarmente non ancora adulta, ad affollare *buvette* e «passi perduti» in attesa di un appello al voto. Fanno, invece, gruppo a sé gli oppositori più influenti e i deputati che si danno da fare in Uffici e Commissioni parlamentari. Vi sono, infine, i *leaders* della Camera. Escludendo chi ha responsabilità di governo possono essere, al massimo, una decina. Se tale è il contesto non ci meraviglieremo nel vedere sempre gli stessi protagonisti – circa il 10% dei partecipanti ai lavori – prendere la parola, illustrare ordini del giorno, presentare mozioni.

Rappresentativi della realtà notabilare appena evocata nelle pagine precedenti, isolati dal paese reale grazie a una legge elettorale anacronistica e miope, tra quei deputati è stata selezionata con vari livelli di cooptazione la classe dirigente dell'Italia liberale. Come in tutti i sistemi rappresentativi, non è possibile abbandonarsi a facili generalizzazioni, dato che sedettero alla Camera idealisti e profittatori, demagoghi e studiosi di rilevanza nazionale, capi di partito e gregari.

Ma l'emergere della Camera come sede di rappresentanza del paese e di alta mediazione politica fu accompagnata fin dall'inizio da un crescente antiparlamentarismo di cui, satireggiando, si resero interpreti anche dei deputati. Su invito del giornale parigino «La Presse», Ferdinando Petruccelli della Gattina (1815-1890) che è deputato per il collegio di Brienza (Potenza) fa uscire dalla sua penna una corrosiva galleria di colleghi – individuati con i cognomi – al di sotto della loro fama che ribattezza, significativamente, *I moribondi del Palazzo Carignano*[43]. Quarant'anni più tardi, il socialista Ettore Ciccotti darà alle stampe *Montecitorio. Noterelle di uno che c'è stato*[44], dove, senza fare nomi delinea caratteri, tipologie, manìe, sotterfugi utilizzati dai deputati di tutti gli schieramenti per emergere e approdare nell'universo ministeriale.

La stessa letteratura ripercorre questo registro, alimentando la leggenda nera del deputato profittatore e inutile. È vero, per altro, che l'immagine contraria del rappresentante probo e dedito esclusivamente al bene pubblico avrebbe rischiato di proporre a lettori avvertiti un santino dolciastro e anacronistico. Si pensi al deputato Daniele Cortis, protagonista dell'omonimo romanzo del Fogazzaro, portatore di valori passatisti, prigioniero di un legame sentimentale inappagato, perseguitato da una madre impresentabile e profittatrice, quando finalmente prende la parola alla Camera ha una crisi di nervi ed esce inopinatamente di scena. Se danno spazio a un deputato i grandi della letteratura privilegiano tratti che ne aumentino la credibilità.

Così nel *Gattopardo* non solo l'autore si guarda bene dal prefigurare una carriera parlamentare per il principe Fabrizio di Salina – che rifiuta anche una nomina al Senato – attribuisce, invece, ambizioni deputatizie al goffo ma facoltoso padre di Angelica: quel Calogero Sedara, archetipo di buona parte della deputazione siciliana in questo secolo e mezzo di vita unitaria. Come anche siciliani e maestri d'intrallazzo sono il duca di Oragua, arrivista deputato della Destra storica, comprimario dei *Vicerè* di Federico De Roberto; suo nipote Consalvo Uzeda di Francalanza, deputato crispino protagonista de *L'Impero*; Ignazio Capolino, ambiguo deputato clericale-legittimista eletto in Sicilia durante la crisi del 1894, tratteggiato da Pirandello ne *I vecchi e i giovani.* Avendo appena evocato il mancato laticlavio del protagonista del *Gattopardo*, mi sembra opportuno fissare l'attenzione sull'elemento vitalizio del sistema bicamerale statutario.

[43] F. Petruccelli della Gattina, *I moribondi del Palazzo Carignano*, Milano 1862, rist. Milano 1982.

[44] E. Ciccotti, *Montecitorio. Noterelle di uno che c'è stato*, cit.

IV. Il Senato del regno

1. *Senatori: criteri di designazione*

L'articolo 3 dello Statuto albertino disponeva che il potere legislativo fosse «collettivamente esercitato dal Re e da due Camere: il Senato e quella dei Deputati». Il bicameralismo statutario, in base al criterio di selezione o designazione, si rivelava però asimmetrico; mentre infatti i deputati erano eletti dai rispettivi collegi elettorali uninominali, era invece previsto dallo Statuto che i senatori fossero nominati dal re.

La scelta non era però del tutto libera, visto che lo Statuto, all'articolo 33, introduceva un vincolo rigido, stabilendo che i senatori potessero essere scelti solo all'interno di ventuno categorie tassativamente indicate. Elencarle tutte sarebbe inutile. Basterà tener presente che diciannove di esse abbracciavano tutti i possibili settori dell'alta burocrazia del regno: ecclesiastica (arcivescovi, vescovi), politica (deputati, ministri), amministrativa (diplomatici, magistrati, intendenti generali), militare (generali, contrammiragli e ammiragli) e culturale (accademici e membri del Consiglio superiore dell'Istruzione pubblica).

L'apparente rigidità del vincolo era stata però temperata grazie all'inserimento di altre due categorie residuali che rendevano elevabile alla dignità senatoria quanti avessero «illustrata la Patria» – criterio di rara elasticità – o fossero, per eredità o personale laboriosità, dei milionari. Proprio gli ampi margini discrezionali consentiti dalle uniche due categorie extraburocratiche avrebbero reso frequente il ricorso ad esse nelle nomine senatorie. Del Senato erano membri di diritto i prìncipi reali, purché ventunenni, ai quali era riconosciuto l'alto onore di occupare un seggio «immediatamente dopo il presidente» (art. 34).

I senatori godevano inoltre di altri due privilegi, in astratto posti a tutela dell'alta funzione, ma in concreto utilizzati per blindare l'immunità personale: «fuori del caso di flagrante delitto» non potevano essere arrestati né dalla polizia né dall'autorità giudiziaria; occorreva invece un ordine del Senato, inoltre, solo l'assemblea era «competente per giudicare dei reati imputati ai suoi membri». Duplice garanzia che si rivelò utilissima in almeno una circostanza, dopo l'Unità, quando si trattò di tutelare il principe Romualdo Trigona di Sant'Elia – accusato con forti elementi di prova di essere il mandante di una serie di omicidi – sottratto prima all'arresto e al processo e, poi, gratificato di un risentito voto di solidarietà e censura (da parte dei pochi senatori presenti in aula) per una banale perquisizione.

2. *Il presidente del Senato, notaio della Corona*

Anche il vertice della Camera alta si differenziava da quello della Camera elettiva. Infatti, il presidente del Senato del regno – insieme ai suoi vicepresidenti – aveva il privilegio di non essere sottoposto ad alcuno scrutinio, essendo direttamente nominato dal re (art. 35). Forse per questo motivo gli era attribuito il titolo eminentemente onorifico di «notaio della Corona» che ne faceva l'estensore dei certificati di nascita, matrimonio e morte concernenti la famiglia reale, conservati poi presso gli archivi del Senato.

Tra le nuove figure istituzionali introdotte dallo Statuto albertino, il presidente del Senato finì indubbiamente con il caratterizzarsi come una delle massime autorità del regno sardo-italiano, anche per il carattere semipermanente della sua carica che ne faceva un interlocutore privilegiato del re. Si pensi alle lunghe presidenze preunitarie del barone Giuseppe Manno e del marchese Cesare Alfieri di Sostegno o a quella postunitaria del conte Gabrio Casati. Mentre rivestì carattere eminentemente simbolico la nomina dell'ottantatreenne Ruggero Settimo a presidente del Senato nella prima sessione della VIII legislatura, visto che l'illustre patriota siciliano – che nel Quarantotto aveva guidato il governo dell'isola – per ragioni di età e salute non raggiunse mai Torino.

A differenza del presidente della Camera che decadeva dalla carica anche in caso di semplice chiusura della sessione parlamentare – provvedimento frequentissimo nella storia parlamentare sardo-italiana – il presidente del Senato occupava il suo posto per l'intera legislatura, anche a Camere chiuse. La sua non effimera permanenza in carica – specie se rapportata alla caducità dei presidenti del Consiglio postunitari – faceva sì che egli potesse assurgere ad eminenza grigia e consigliere effettivo del re, giocando un ruolo di primissimo piano anche nelle crisi e successive designazioni ministeriali, come attestano epistolari, libri di memorie e diari. Valga per tutti il riferimento a Domenico Farini, il cui diario costituisce una fonte ricchissima per lo studio dell'età crispino-umbertina, restituendoci un commentatore acuto e, talora, disincantato degli umori istituzionali di fine secolo[45].

[45] D. FARINI, *Diario di fine secolo*, a cura di E. MORELLI, 2 voll., Roma 1961; l'insigne studiosa aveva già curato una precedente edizione per i tipi dell'Ispi nel 1942.

3. *Alta Corte di giustizia*

Oltre ad essere contitolare del potere legislativo, al Senato era stata anche assegnata una rilevante funzione giurisdizionale di natura politica, quella di «Alta Corte di giustizia». Ma in sede giurisdizionale, non rivestendo più la natura di corpo politico deliberante, il Senato non poteva attivarsi in base al prudente apprezzamento del suo presidente. Era invece un Regio Decreto a investirlo di quelle eminenti funzioni, al fine di permettergli di perseguire «i crimini di alto tradimento o di attentato alla sicurezza dello Stato, e per giudicare i ministri accusati dalla Camera dei deputati» (art. 36).

Tuttavia, per non sopravvalutare la portata di tale disposizione va anche aggiunto che, nell'arco di sessant'anni, il procedimento dinanzi all'Alta Corte fu messo in moto solo in un paio di occasioni: malgrado anche in altre circostanze la condotta di ministri coinvolti in ambigue vicende di appalti fosse immediatamente sembrata ad autorevoli osservatori contemporanei penalmente rilevante.

4. *I notabili del re*

Lo Statuto albertino faceva dei deputati i «rappresentanti» della Nazione, collegandoli, sia pure tramite una scelta affidata a pochi privilegiati, a un collegio elettorale. Non diceva invece chi fossero i senatori e a nome di chi dovessero parlare e votare, incoraggiando di fatto una crisi d'identità che dovette avere qualche ripercussione nella diserzione quasi generalizzata dai lavori d'aula.

Se lo Statuto non li qualificava in alcun modo – si era senatori e basta – un richiamo testuale all'articolo 33 avrebbe allora dovuto farne dei fiduciari del re che li aveva nominati o, come scrisse Cavour nel 1848, dei «delegati del governo»: in entrambi i casi, il Senato veniva a configurarsi più come un'emanazione dell'esecutivo che come un vero e proprio ramo del legislativo. Di conseguenza – notava acutamente il Cavour pre-governativo e quarantottesco – per l'opinione pubblica «le loro deliberazioni non saranno mai reputate indipendenti e non avranno mai grande autorità»[46]. Gli sviluppi successivi si sarebbero incaricati di dimostrare quanto quell'intuizione fosse profetica.

[46] C. BENSO conte di CAVOUR, *La riforma del Senato*, in «Il Risorgimento», 27 maggio 1848, cit. da N. ANTONETTI, *Gli invalidi della costituzione. Il Senato del Regno 1848-1924*, Roma - Bari 1992, p. 54.

Contitolari della funzione legislativa per conto del governo, dunque. Ma se il Gabinetto aveva già una sua maggioranza alla Camera, questo doppio controllo legislativo finiva per rivelarsi inutile, alimentando necessariamente senso di estraneità per l'esercizio della funzione e frustrazioni di natura personale. Cosa che, puntualmente, si verificò nei decenni successivi, creando uno iato tra lo *status* senatorio che, soprattutto dopo l'Unità, divenne appetibilissimo per i notabili delle province di nuova annessione e l'inarrestabile affievolimento della funzione legislativa che portò il Senato a votare a ranghi ridotti, con assenze percentuali medie di gran lunga superiori a quelle pur consistenti della stessa Camera dei deputati.

5. *Il Senato non fa crisi*

La consapevolezza dell'inutilità della propria funzione, nutrita dai senatori più avvertiti e disincantati, era in parte legata alla sostanziale impossibilità per il Senato di votare in modo difforme dalla Camera. Lo Statuto non aveva previsto la consistenza numerica del collegio; ne conseguiva che il numero dei suoi membri potesse variare nel corso della medesima legislatura, ogni qual volta il re avesse insignito del laticlavio un notabile. Se il Senato avesse respinto o emendato un progetto già votato dalla Camera, era ipotizzabile che il Consiglio dei ministri proponesse al sovrano una «informata» di senatori governativi per incidere sulla formazione della maggioranza. Anche se Cavour di solito preferiva utilizzare un'altra strategia, ritirando il progetto controverso e ripresentandolo alle Camere tenendo conto degli emendamenti senatorî, il permanente rischio di una «informata» fungeva da potente antidoto per attenuare lo zelo legislativo.

Ne risentì anche il livello dei dibattiti in aula, spesso limitati a pochi, stringatissimi, interventi anche su temi che avevano infuocato la Camera dei deputati. Non che la verbosità dovesse necessariamente assurgere a valore in sé, tuttavia, leggendo gli Atti del Senato si ha spesso l'impressione che quelli che la Nazione viveva come drammi sui quali si spaccava, passassero al vaglio dell'ovattata aula senatoria con l'indifferenza che un *club* di privilegiati avrebbe potuto riservare ai problemi della servitù.

Senza disperderci nelle pieghe di un inutile regesto parlamentare, basterà centrare la nostra attenzione sul solo problema del Mezzogiorno postunitario che negli anni dell'assestamento del nuovo regno sembrò metterne in pericolo la stessa sopravvivenza. Mentre le discussioni della Camera consentono di valutare in tutte le sue sfumature l'approccio della classe dirigente di governo e d'opposizione, riproponendo con grande *pathos* quel

dramma – insurrezione contadina? semplice brigantaggio? guerra civile foraggiata dal Borbone? – al contrario, i resoconti del Senato nella loro essenzialità restano come testimoni dell'inadeguatezza di quell'assemblea nel farsi carico dei problemi del paese.

6. *Un contrappeso della Camera*

Questa specie di «Consiglio di Stato perfezionato» – come ebbe a definirlo il Cavour quarantottesco – lo si era voluto quale contrappeso alla Camera elettiva, per bilanciarne l'influenza grazie al ricorso a un'assemblea di notabili di nomina regia, sull'esempio della Camera dei Pari francese prevista dalle Carte borbonica del 1814 e orleanista del 1830. Ma, nella fretta di copiare, il Consiglio di Conferenza sardo non si era reso conto che quel modello borbonico-orleanista era da tempo in crisi, tanto da aver indotto il Congresso costituente belga, nel 1831, a guardarsi bene dall'adottare la Parìa francese, comunque ridenominata.

Il Congresso belga aveva infatti messo a punto un interessante modello bicamerale articolato su Camere entrambe elettive. Il medesimo corpo elettorale era chiamato ad eleggere tanto i deputati quanto i senatori; variavano semplicemente condizioni di eleggibilità, estensione dei collegi elettorali (i senatori erano la metà dei deputati) e durata del mandato: otto anni per i senatori e quattro per i deputati. Quanto all'eleggibilità, mentre qualunque cittadino belga venticinquenne in possesso dei diritti civili e politici poteva essere eletto deputato, viceversa, poteva candidarsi al Senato solo un facoltoso cittadino quarantenne in grado di pagare imposte dirette nella rilevante misura di 1.000 fiorini annui. Ne conseguiva che anche i senatori fossero rappresentanti territoriali; essendo quello uno Stato ad altissimo tasso di espansione industriale, non siamo lontani dal vero nell'ipotizzare che i senatori belgi potessero essere anche industriali e banchieri, oltre che proprietari fondiari. Finivano qui le differenze tra le due Camere belghe, visto che entrambe avevano piena autonomia interna per la scelta dei rispettivi uffici di presidenza.

Ma difficilmente il cauto Consiglio di Conferenza presieduto da Carlo Alberto avrebbe potuto accettare di rendere elettive entrambe le Camere, considerata la estrema riluttanza con cui si era introdotto quel criterio per la sola Camera dei deputati. Anche se il Cavour giornalista quarantottesco – a differenza del Cavour presidente del Consiglio – sembrava credere alla necessità di una legittimazione elettorale di stampo belga. Meraviglia, invece, che una volta concepito il Senato come emanazione

del re, nessuno abbia pensato di farne realmente una Camera Alta regia, irrigidendone la struttura. Non certo nel senso di introdurre a Torino l'anacronistica Parìa ereditaria della Restaurazione francese, infarcita di nobiltà codina, quanto piuttosto attraverso la previsione di modalità di reclutamento automatico che aprissero le porte del Senato a notabili di altissimo profilo, una volta che avessero cessato di svolgere le proprie funzioni. Quindi, seguendo la logica delle ventuno categorie, gli ex membri del governo, gli ex presidenti della Camera, del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e della Corte di Cassazione, gli intendenti generali (prefetti), i generali d'armata, gli arcivescovi del regno.

Escludendo le «infornate» discrezionali, turbative dell'omogeneità interna, è ipotizzabile che potesse svilupparsi con il tempo un certo spirito di corpo: ne sarebbe però risultato un organo consultivo di alta amministrazione, non certo un'assemblea politica. Ma un collegio di tal fatta esisteva già ed era il Consiglio di Stato che, al di là di periodiche rivisitazioni celebrative, non aveva dato risultati brillanti, lontanamente paragonabili al modello napoleonico. Era quindi altamente improbabile che si potesse pensare a un suo duplicato.

7. *La palude della politica*

Percepito quasi immediatamente come una specie di palude della politica, la nomina al Senato fu rifuggita da chi voleva contare e, per tanto, preferiva farsi eleggere deputato. Emblematico il caso del giurista napoletano Pasquale Stanislao Mancini. Meno conosciuti, ma ugualmente significativi, altri casi. Per esempio, Michelangelo Castelli, qualificatissimo collaboratore di Cavour chiosa in tal modo la propria nomina al Senato:

> «Oggi Rattazzi mi annunziò che mi nominava senatore. Sai ch'io come Direttore generale fui la sola vittima immolata dalla Commissione elettorale presieduta da Cavour. – Egli senza badarci mi ha ammazzato e Rattazzi mi ha sepolto e buona notte»[47].

Il giurista Enrico Poggi, già Guardasigilli nel governo provvisorio toscano, ricorda come la nomina al Senato fosse vissuta come un disvalore dall'intero gruppo dirigente fiorentino:

> «... essendo il Ridolfi interrogato per ischerzo dal Busacca, se non preferisse di figurare tra i Senatori piuttostochè tra i Deputati, quegli con tuono risoluto rispose essere di suprema necessità che tutti i Ministri si recassero al Parlamento come Deputati.

[47] Michelangelo Castelli a Marco Minghetti, Torino 26 novembre 1859, in L. CHIALA (ed), *Carteggio politico di Michelangelo Castelli*, 2 voll., I: *(1847-1864)*, Roma - Torino - Napoli 1890, p. 254.

Questa era l'idea di tutti noi, e se qualcuno mi avesse chiesto, volete esser Senatore? avrei risposto che ciò significherebbe volermi inalzare troppo nella gerarchia degli onori per impicciolirmi nel cerchio dell'azione»[48].

E proprio per neutralizzare Poggi e i suoi, manovrando nell'ombra, Ricasoli riuscì a convincere il governo sardo-italiano dell'opportunità di far sedere in Senato alcuni dei suoi antichi collaboratori nel governo provvisorio:

«[Il governo del re] nominò senatori anco tre Membri del Governo [provvisorio toscano], cioè il Ridolfi, il Salvagnoli e me. Quando nella mattina del ventitre ci giunse questa inaspettata notizia, ne restammo sorpresi e contrariati. Cosa significava codesta elezione fatta senza prevenirci?»[49].

La risposta all'interrogativo la dà lo stesso Poggi; Cavour intendeva depotenziare la deputazione toscana alla Camera:

«Col mandar poi tre di noi al Senato per una nomina così onorifica e lusinghiera, perché fatta di proprio moto dal Re, egli [Cavour] mirava a prevenire una coalizione toscana alla Camera dei Deputati»[50].

Implicita ne risulta l'irrilevanza politica della stessa pattuglia di notabili, se inviata in Senato. Il Senato servì invece da vivaio per attingervi nomi prestigiosi da inviare come prefetti in alcuni capoluoghi. Su cinquantanove province i senatori-prefetti furono dieci con Cavour, undici con Ricasoli, dieci con Rattazzi, otto con Farini e Minghetti.

8. *L'amalgama fallito*

Il Senato non funzionò, invece, come strumento di amalgama delle antiche *élites* preunitarie dopo il 1860. All'inizio dei lavori la VIII legislatura – che, si ricorderà, era la prima nazionale – contava 212 senatori, sarebbero diventati 269 a fine legislatura. Rispetto all'ultima legislatura completamente sarda che era stata la VI – la VII, brevissima, era invece altitaliana – che ne contava solo 91, vi era stato un incremento di 178 senatori. Basta scorrere l'elenco dei nomi per avere la sensazione che si sia però trattato di un'occasione gestita male e, quindi, sciupata.

Su 178 senatori nominati nel 1860-1864 potevano essercene al massimo una decina di qualche notorietà; ma tra di essi, se escludiamo il letterato Alessandro Manzoni, nove nomi potrebbero anche non evocare nulla

[48] E. POGGI, *Memorie storiche del governo della Toscana nel 1859-60*, Pisa 1867, p. 264.

[49] *Ibidem*, p. 271.

[50] *Ibidem*, p. 273.

per il lettore di oggi. Così lo storico siciliano Michele Amari, i patrioti napoletani Paolo Emilio Imbriani e Ottavio Tupputi (già comandante della Guardia Nazionale di Napoli), il filosofo Terenzio Mamiani, l'ex ministro liberale-borbonico Giovanni Manna, il fiorentino Cosimo Ridolfi già capo del governo costituzionale granducale nel 1848, i liberali siciliani Ruggero Settimo e Vincenzo Fardella di Torrearsa *leaders* del Quarantotto isolano, l'economista napoletano Antonio Scialoja.

Nessuno aveva suggerito di far entrare in Senato lo storico milanese Cesare Cantù (su di lui aveva espresso un giudizio negativo il ministro Francesco De Sanctis) e il musicista Giuseppe Verdi (insignito del laticlavio solo nel 1874), per tacere di insigni patrioti napoletani come Luigi Settembrini (che sarebbe stato nominato solo nel 1873) e Sigismondo Castromediano. Quest'ultimo, martire negli ergastoli borbonici assurto a notorietà europea, sarebbe stato dimenticato senza troppi rimorsi dai governanti di un'Italia finalmente unita e sovrana.

Sulla base delle liste ufficiali sarebbe oltre modo facile redigere un elenco completo dei notabili entrati in Senato senza meriti apparenti. Preferiamo invece sottolineare che quasi tutti i senatori meridionali appartenevano alla categoria ventunesima, quella dei grandi proprietari, ed erano nella grande maggioranza dei casi esponenti della vecchia nobiltà borbonica, quindi, di lealismo costituzionale quanto meno dubbio. Averne fatto i notabili del re in un momento di grave crisi d'assestamento del nuovo regno, equivaleva forse a legittimare il silenzio politico-legislativo di un Senato dall'incerta collocazione costituzionale.

V. Epilogo

D'altra parte, di che meravigliarci? Molta della retorica sulla centralità parlamentare nella costruzione del sistema politico italiano viene ridimensionata dalla nuda realtà delle date suggeriteci dal calendario parlamentare. La proroga che annuncia e anticipa il successivo scioglimento (spesso anticipato) della legislatura riduce considerevolmente i tempi di operatività della sovranità rappresentativa.

Dall'apertura della VIII legislatura, il 18 febbraio 1861, alla chiusura della XIX legislatura, il 3 marzo 1897 trascorrono 35 anni. Ma come è dato rilevare dalla tabella, ognuna di esse ebbe poche centinaia di giorni di sessione. Nel complesso, grazie al meccanismo della proroga (differimento) dei lavori parlamentari, questi venivano interrotti in occasione

Tab. 2. *Tempi legislativi tra proroghe e scioglimenti*

legislatura	elezioni	durata	n. sedute
VIII 1861-1865	27.1.1861: I turno 3.2.1861: ballottaggio	18.2.1861: apertura 14.5.1865: proroga 7.9.1865: scioglimento	669
IX 1865-1867	22.10.1865: I turno 29.10.1865: ballottaggio	18.11.1865: apertura 12.2.1867: proroga 13.2.1867: scioglimento	159
X 1867-1870	10.3.1867: I turno 17.3.1867: ballottaggio	22.3.1867: apertura 24.8.1870: proroga 2.11.1870: scioglimento	617
XI 1870-1874	20.11.1870: I turno 27.11.1870: ballottaggio	5.12.1870: apertura 15.6.1874: proroga 20.9.1874: scioglimento	563
XII 1874-1876	8.11.1874: I turno 15.11.1874: ballottaggio	23.11.1874: apertura 13.9.1876: proroga 3.10.1876: scioglimento	243
XIII 1876-1880	5.11.1876: I turno 12.11.1876: ballottaggio	20.11.1876: apertura 26.1.1880: proroga 2.5.1880: scioglimento	526
XIV 1880-1882	16.5.1880: I turno 23.5.1880: ballottaggio	26.5.1880: apertura 25.9.1882: chiusura 2.10.1882: scioglimento	395
XV 1882-1886	29.10.1882: I turno 5.11.1882: ballottaggio	22.11.1882: apertura 14.4.1886: proroga 27.4.1886: scioglimento	586
XVI 1886-1890	23.5.1886: I turno 30.5.1886: ballottaggio	10.6.1886: apertura 3.8.1890: chiusura 22.10.1890: scioglimento	631
XVII 1890-1892	23.11.1890: I turno 30.11.1890: ballottaggio	10.12.1890: apertura 27.9.1892: chiusura 10.10.1892: scioglimento	245
XVIII 1892-1895	6.11.1892: I turno 13.11.1892: ballottaggio	23.11.1892: apertura 15.12.1894: proroga 8.5.1895: scioglimento	318
XIX 1895-1897	26.5.1895: I turno 2.6.1895: ballottaggio	10.6.1895: apertura 12.1.1896: I proroga 2.3.1897: chiusura 3.3.1897: scioglimento	232

della discussione di questioni scabrose o di ordini del giorno o mozioni ostili al governo, con la promessa di una ripresa della discussione di lì a poche settimane. Ma quando si avvicinava il giorno della riapertura delle Camere interveniva un Regio Decreto di scioglimento della Camera dei deputati e convocazione di nuove elezioni. Se osserviamo il calendario parlamentare, sommando i giorni in cui la Camera ha lavorato, otteniamo 5.184 giorni di sessione parlamentare, a cui si contrappongono 7.604 giorni di chiusura dei lavori parlamentari. Vale a dire che in 35 anni l'Italia unita ha conosciuto ben 21 anni di vacanza parlamentare contro 14 anni di attività. In particolare, Francesco Crispi ha preferito governare senza controlli. Per esempio, dopo soli 11 giorni di lavori, il 15 dicembre 1894 proroga la sessione, riservandosi di riconvocare il Parlamento; ma il 13 gennaio 1895 chiude la sessione senza fargli riaprire i battenti, 5 mesi dopo scioglie la Camera e indice le elezioni. Il 10 giugno si inaugura la XIX legislatura – dopo circa 6 mesi di chiusura – la Camera lavora per qualche settimana, interrompe per le ferie estive, riprende da settembre al dicembre 1895, fino a che il 12 gennaio 1896 un nuovo decreto di proroga interrompe i lavori fino al successivo 5 marzo. Per interrompere la brutale sequenza di date basterà ricordare che esse racchiudono l'allegra gestione della crisi coloniale che porterà alla disfatta di Adua.

La protection de la Constitution. Réflexions au départ du cas belge

par *Francis Delpérée*

La Constitution belge est ce que l'on appelle une «vieille Constitution». L'expression peut paraître anodine. En réalité, elle est plus complexe qu'il n'y paraît. Elle désigne «une Constitution qui a été élaborée au dix-huitième ou dans la première moitié du dix-neuvième siècle mais qui, pour une part importante de ses dispositions, est encore en vigueur».

Cette catégorie ne comprend pas beaucoup d'exemplaires. En réalité, il n'y en a plus que trois: la Constitution américaine (1787), la Constitution norvégienne (1814) et la Constitution belge (1831).

C'est une donnée historique. Voici trois Etats qui s'attachent, plus tôt que d'autres, à limiter l'action des pouvoirs publics et, en particulier, ceux du roi ou du président. Voici surtout trois Etats qui, depuis lors, préservent cette solution sans éclipses, sans crises majeures, sans ruptures constitutionnelles.

Cette donnée historique – qui place les vieilles Constitutions sous le signe de la continuité dans le temps – a des répercussions juridiques importantes. Voici des Etats dans lesquels les juristes, et notamment les juges, doivent se livrer à un exercice quotidien d'interprétation et d'actualisation. Ils s'efforcent de donner vie à des textes qui ont été écrits, il y a deux siècles et plus, à des dispositions qui sont, en quelque sorte, fossilisées, à des règles juridiques qui doivent, malgré tout, commander la vie politique, économique, culturelle et sociale d'un Etat moderne.

Cet exercice n'est pas toujours simple. Il est inutile d'insister sur les changements techniques et technologiques que la société a connus en deux siècles: que signifie une Constitution qui a été écrite dans une société qui ne connaissait ni l'électricité, ni l'automobile, ni la radio et la télévision, ni *a fortiori* le vote au moyen de cartes perforées? Je sais qu'il y a des révisions possibles. Mais, ici encore, le pouvoir constituant peut être enclin à ne toucher qu'avec «des mains tremblantes», comme dit Montesquieu, à des textes que les années, sinon les siècles, ont patinés et, en quelque sorte, sacralisés.

La Constitution belge est l'une de ces vieilles Constitutions. Elle date du 7 février 1831. Elle a eu une influence déterminante sur les Constitutions du XIXe siècle. Elle est même apparue comme le modèle des Constitutions dans l'Europe libérale de la deuxième moitié du dix-neuvième siècle. Les Constitutions de plusieurs Etats (l'Italie – avec le Statut albertin –, l'Espagne, la Grèce, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Roumanie, la Bulgarie, l'Egypte ...) trouvent une source directe d'inspiration dans la Constitution belge, tant en ce qui concerne la définition des libertés que l'organisation des pouvoirs.

Un éminent homme d'Etat italien, Luigi Luzzatti – dont on célèbre, chaque année, la mémoire à Venise –, écrivait en 1917: «La Belgique a tenté de résoudre l'un des problèmes les plus difficiles des temps modernes: celui de concilier des garanties sûres et stables de la liberté avec la monarchie représentative. Les anglo-saxons l'appellent 'la petite Angleterre'. Quel plus bel hommage».

Je ne suis pas ici pour vanter le modèle constitutionnel belge, d'autant plus que ce modèle a connu, depuis lors, de sérieuses altérations, avec l'émergence puis la consécration d'un Etat fédéral. Il faut néanmoins poser cette question. Qu'est-ce que la Constitution belge de 1831 contenait de si extraordinaire pour avoir été ainsi copiée et imitée?

Peu de choses en somme. Mais elle contenait l'essentiel. Dans cette Constitution, je relève trois éléments:

– D'abord, un catalogue de droits et de libertés. Des droits sont affirmés au profit des Belges et de tous les étrangers qui se trouvent régulièrement sur le territoire de la Belgique. Le phénomène est original pour l'époque. Pas de déclaration de droits comme en France, pas de préambule, comme dans d'autres textes constitutionnels, mais des dispositions juridiques en bonne et due forme, des dispositions qui consacrent des droits et libertés d'effet direct, comme on dit aujourd'hui, des dispositions qui sont assurées de la protection qui va à la Constitution. Les bases de l'Etat de droit sont ainsi jetées.

– Ensuite, la règle du contreseing ministériel. Le Roi ne peut agir seul. Ses actes doivent être contresignés par un ministre. La Constitution établit une articulation, et même une adéquation, aussi précise que possible entre les actes accomplis par le chef de l'Etat, c'est-à-dire le Roi, et ceux des membres du gouvernement. Il y a ici une réalité constitutionnelle qui est parfois sous-estimée, encore aujourd'hui. Le pouvoir exécutif est un. Le parlementarisme est moniste. Il n'y a pas de dyarchie à la tête de l'Etat. L'unité exécutive de l'Etat est ainsi assurée.

– Enfin, la règle de la responsabilité ministérielle devant le Parlement. Une monarchie est mise en place. Mais c'est une monarchie constitutionnelle. Le Roi ne monte sur le trône que s'il prête serment à la Constitution. Et, dans le cas de la Belgique, les événements historiques confirment cette façon de voir. La Constitution est rédigée le 7 février 1831. Au mois d'avril, elle est présentée au prince Léopold de Saxe-Cobourg qui se trouve à Londres, auprès de sa nièce, la reine Victoria. Son premier commentaire? «Messieurs, vous avez rudement traité la royauté qui n'était pas là pour se défendre». En définitive, il prête serment à la Constitution, le 21 juillet 1831.

Autrement dit, la Constitution est rédigée alors que le trône est vide. La Constitution vient avant le Roi. Le Roi n'impose pas la Constitution. Le Roi n'octroie pas la Constitution. Le Roi ne passe pas avec la Nation un contrat dont l'objet serait la Constitution. Le Roi souscrit à la Constitution, ce qui n'est pas la même chose.

C'est une monarchie constitutionnelle, c'est aussi une monarchie parlementaire ... Comme l'écrivait René Capitant, le régime parlementaire se caractérise, d'abord, par des ministres responsables. Le Parlement joue un rôle décisif. Pas tellement, comme on l'affirme si souvent, parce qu'il contribuerait à l'élaboration des lois – chacun sait le rôle prépondérant que le gouvernement a acquis dans ce domaine. Mais surtout parce que le Parlement contrôle le gouvernement, il lui apporte sa confiance ou il la lui retire. Le Parlement contrôle ceux qui gouvernent.

Voilà donc la Constitution belge qui jette à la fois les bases d'un statut pour les citoyens et les bases de l'organisation des pouvoirs publics – je note, en passant, que dès 1831, la Constitution insiste aussi sur le rôle que les collectivités locales, soit les communes et les provinces, peuvent jouer, dans une perspective décentralisatrice qui est celle de la subsidiarité (avant la lettre), au sein de la société politique.

Mais c'est ici qu'une question essentielle apparaît. Quel est le statut de cette Constitution? Quelle est la place qu'elle occupe au sein de l'Etat? De quelle protection bénéficie-t-elle?

Nous connaissons les deux branches de l'alternative.

La Constitution peut consister en une proclamation politique ou en une norme programmatique, comme on dira plus tard – l'histoire des nations en fournit de nombreux exemples, y compris à l'époque contemporaine. Si c'est le cas, la Constitution n'est pas à ranger parmi les règles de droit.

Elle n'a d'autre protection que celle que les pouvoirs politiques consentent à lui accorder ou refusent, au contraire, de lui reconnaître.

Au mieux, la Constitution représente un projet politique ou un programme de gouvernement, un objectif à atteindre à moyen ou à long terme. Au pire, elle devient un morceau de propagande, un instrument qui sert à camoufler des réalités qui ne sont pas enviables, un décor en carton-pâte devant lequel une vie politique toute différente va se développer.

Deuxième branche de l'alternative. La Constitution est une norme juridique qui est censée lier les gouvernés et les gouvernants, qui définit leurs droits et qui leur rappelle leurs devoirs, qui leur assigne leurs fonctions et qui précise leurs responsabilités, qui détermine les compétences et qui établit les institutions, bref, qui s'impose à tous ceux qui, du bas au haut de l'échelle, sont censés agir dans une société politique.

En Belgique, la doctrine constitutionnelle prend très nettement position sur ce point. La Constitution est une règle de droit. Elle est même, dans l'Etat, la règle de droit suprême. Il faut aller, cependant, au-delà de ces formulations toutes faites. Il faut se demander quelles conséquences s'attachent à la proclamation de la suprématie de la Constitution. Il faut se demander, dans le cas de la Belgique, si ces conséquences ont été perçues dès 1831.

Quelles sont ces conséquences? J'en retiens trois.

La Constitution instaure, d'abord, une hiérarchie des sources du droit (1). Elle précise la place de la règle constitutionnelle par rapport aux autres règles de droit. La Constitution instaure, ensuite, une hiérarchie entre les pouvoirs publics (2). Elle établit la distinction cardinale entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués. Elle établit, enfin, des contrôles aux fins de veiller, à certains égards, au respect des dispositions constitutionnelles (3).

1. *La hiérarchie des sources du droit*

La tradition conduit à situer la Constitution au sommet de l'ordonnancement des règles juridiques. Le droit qui s'impose à l'action de tous les pouvoirs publics – où qu'ils soient localisés – comme à celle de tous les citoyens – où qu'ils se situent –, c'est, d'abord, le droit de la Constitution.

Cette première facette du principe de supériorité est assortie de trois corollaires.

a. Il n'y a pas de règle *supra* constitutionnelle

La Constitution se situe au sommet de la pyramide des règles de droit. Aucune règle de droit interne ne se situe au-dessus d'elle. Par conséquent, aucune règle de droit ne s'impose au pouvoir constituant, lorsqu'il entreprend de procéder à la révision de la Constitution.

Le problème apparaît très concrètement en 1830. Avant même de rédiger la Constitution, le Congrès national adopte deux décrets. L'un proclame l'indépendance de la Belgique. L'autre exclut à perpétuité la famille d'Orange-Nassau du trône de Belgique. Faut-il considérer que ces règles qui viennent «avant» (d'un point de vue chronologique) les textes constitutionnels, se situent également «au-dessus» – du point de vue de la validité – des textes constitutionnels? S'agit-il, en quelque sorte, des soubassements de la Constitution?

Comment résoudre cette difficulté? L'on est enclin à considérer que la valeur d'un texte dépend essentiellement de la qualité de son auteur. Puisque ces décrets ont été pris par le Congrès national, c'est-à-dire par le pouvoir constituant originel, il faut considérer qu'ils sont l'œuvre du pouvoir constituant. Ils ont valeur constitutionnelle. Ni plus, ni moins.

b. Il y a une gradation des règles *infra* constitutionnelles

La Constitution belge de 1831 fait plus, cependant, qu'indiquer le sommet d'une pyramide. À partir de là, elle jette les grandes lignes d'une hiérarchie des règles infraconstitutionnelles. Celle-ci est schématisée – au départ des textes constitutionnels en vigueur en 1831 mais qui n'ont pas été modifiés depuis lors – au moyen d'une trilogie simple.

– Les dispositions de la Constitution sont censées former une première «couche» de règles juridiques. À ce niveau, toutes bénéficient d'une même dignité constitutionnelle. Si – au sein de cette catégorie – certaines dispositions – telles celles qui consacrent les droits de l'homme – peuvent revêtir une importance politique plus grande que d'autres, elles n'acquièrent pas pour autant une force juridique distincte. Si – au sein de la catégorie des droits de l'homme – certains droits – tel le droit à la vie – peuvent paraître plus fondamentaux que d'autres, ils n'en sont, cependant, pas assortis d'une protection particulière.

– A un deuxième niveau – immédiatement inférieur à celui de la Constitution –, se situent la loi ainsi que toute autre règle qui a une valeur

équivalente à celle de la loi. Ces règles législatives ou quasi législatives sont – cela va de soi – tenues au respect de l'ensemble des prescriptions de la Constitution. Elles ne sont pas tenues, par contre – si ce n'est dans des cas limités –, au respect de dispositions qui sont de valeur inférieure.

– A un troisième niveau, se situent les règlements – soit les normes qui sont accomplies par une autorité exécutive ou par une collectivité locale. Les règlements sont, pour leur part, dans un rapport de subordination rigoureuse vis-à-vis des règles de deuxième niveau. Tantôt, en effet, ils se contentent de disposer dans le respect de leurs prescriptions, tantôt ils vont jusqu'à en assurer l'application ou l'exécution. En aucun cas, ils ne peuvent les modifier, ni les contredire.

Le règlement est aussi dans un rapport de subordination absolue vis-à-vis des règles constitutionnelles – soit des règles de premier niveau. Il convient néanmoins de tenir compte d'un phénomène particulier, celui de la loi-écran. Un règlement ne pourra se voir reprocher son inconstitutionnalité s'il se contente de procurer – de manière correcte – exécution à une loi qui a été elle-même prise en violation de la Constitution et qui est donc affectée d'une inconstitutionnalité intrinsèque.

c. Les lacunes du système

La Constitution reste, par contre, muette sur la position exacte, dans la hiérarchie des règles juridiques, des dispositions de droit international. C'était le cas en 1831, ce l'est toujours aujourd'hui. C'est la jurisprudence qui, à travers ses évolutions, supplée alors au silence de la règle constitutionnelle[1].

2. *Une hiérarchie des pouvoirs*

L'affirmation de la suprématie de la Constitution peut avoir une autre portée. Elle tend à distinguer, de manière aussi nette que possible, le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués. Elle s'efforce de déterminer leurs fonctions respectives. À cet égard, la Constitution belge se sépare de documents constitutionnels plus anciens, y compris de textes où elle a trouvé elle-même une part de son inspiration.

[1] Dans un arrêt du 3 février 1994, la Cour d'arbitrage considère que les dispositions d'un traité qui lie la Belgique doivent respecter la Constitution. Si ce n'est pas le cas, elle annule la loi ou le décret d'assentiment ou constate la non-validité.

a. Les pouvoirs sont d'attribution

La Constitution française de 1791 précise, en son article 2, que «la Nation de qui seule émanent tous les pouvoirs ne peut les exercer que par délégation».

Les bases d'une théorie classique en droit constitutionnel français sont ainsi jetées: la Nation est le sujet primitif de tous les pouvoirs; elle les détient; elle peut les exercer, mais elle peut aussi en déléguer l'exercice à des individus ou à des autorités qui vont, pour son compte, en devenir les titulaires effectifs.

La Constitution belge s'inspire manifestement de pareille disposition. Elle proclame, par exemple, que «tous les pouvoirs émanent de la Nation» (art. 33). Elle ne reprend, cependant, à son compte ni l'expression, ni l'idée de la délégation. Elle se contente d'affirmer qu'«ils [les pouvoirs] sont exercés de la manière établie par la Constitution» (art. 33, al. 2).

De là, l'idée qu'en droit belge les pouvoirs ne sont pas délégués mais attribués. La doctrine constitutionnelle accrédite cette idée. «Les pouvoirs sont d'attribution».

Où est la différence? Pourquoi l'octroi de fonctions constitutionnelles ne peut-il s'analyser en termes de «délégation»? La délégation suppose la possession puis le transfert d'un droit, d'une compétence ou d'une fonction. Or, dit-on en Belgique, la Constitution ne possède aucun pouvoir. Elle n'est pas en mesure de les transférer à des pouvoirs constitués. Elle n'est pas non plus habilitée à les reprendre pour les exercer elle-même. La Constitution se borne à jouer le rôle de créateur des pouvoirs. Elle les institue et les organise, sans plus.

b. La répartition des pouvoirs

Si l'on s'inscrit dans cette perspective, l'on voit mieux apparaître la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués.

La Constitution est règle supérieure. La position prééminente qui lui est reconnue la place hors d'atteinte de l'action des pouvoirs constitués. Mais il ne lui appartient pas, pour autant, de posséder des attributions particulières – hormis celle d'instituer les pouvoirs – qu'elle exercerait elle-même ou dont elle déléguerait plutôt l'exercice à tel ou tel pouvoir constitué.

Mais les pouvoirs constitués sont, eux aussi, et en dehors d'une période de révision constitutionnelle, mis hors de portée de l'action de la Constitution. Les pouvoirs constitués, parce qu'ils sont créés, ont à respecter la Constitution. La Constitution, parce qu'elle est créatrice, se doit de respecter les pouvoirs constitués et ne saurait exercer elle-même les attributions dont elle aménage l'exercice.

c. Des délégations limitées de responsabilités

Les responsabilités assignées aux autorités constituées sont, assumées «de la manière établie par la Constitution». En principe, elles le sont par ces autorités mêmes. Celles-ci ne peuvent se décharger des responsabilités qui leur incombent sur d'autres autorités publiques.

Cette règle constitutionnelle est assortie d'une dérogation. Le pouvoir constituant lui-même peut accréditer le mécanisme des délégations de compétences. Il permet, par exemple, à «des lois particulières portées en vertu de la Constitution même» d'attribuer certaines responsabilités au Roi. Des lois de délégation peuvent être conçues en ce sens. Encore faut-il – comme la jurisprudence ne manque pas de le rappeler – que de telles délégations restent limitées, qu'elles soient clairement circonscrites et qu'elles s'inscrivent dans le respect des autres prescriptions de la Constitution.

3. *Une conception limitée des contrôles de constitutionnalité*

Si l'on veut prendre la règle constitutionnelle au sérieux, si l'on veut la protéger, si l'on veut lui assurer la suprématie qui est la sienne, si l'on cherche à donner à la Constitution et à son droit une pleine effectivité, il y a lieu d'assortir la proclamation du principe de supériorité d'un ensemble de garanties juridictionnelles.

L'Etat de droit, c'est, d'abord, l'Etat de la Constitution. C'est aussi l'Etat des juges – c'est-à-dire de magistrats indépendants et impartiaux. Mais c'est surtout l'Etat dans lequel une ou plusieurs juridictions veillent – de manière spécifique – au respect des prescriptions de la Constitution.

La Belgique reste longtemps attachée au dogme de l'infaillibilité du législateur. Elle ne prescrit pas, à l'origine, le contrôle juridictionnel des lois. Elle le prohibe même. Pendant plus d'un siècle, elle n'organise de contrôles de constitutionnalité qu'à l'égard des règlements. Il faudra

attendre les années mille neuf cent quatre-vingts pour voir ébranler ces certitudes.

Pourquoi la Belgique récuse-t-elle, en 1831, le contrôle juridictionnel des lois? Pourquoi ne s'inscrit-elle pas dans la lignée de la jurisprudence Marbury v. Madison? Pourquoi ne retient-elle pas l'idée de jurie constitutionnaire, à la manière de Sieyès?

Il y a, semble-t-il, trois explications. Il y a le texte de la Constitution, il y a son esprit, il y a aussi un ensemble de circonstances politiques et sociales qui, à supposer même que le contrôle des lois fût possible, le rendaient superflu.

a. Le texte constitutionnel

Un texte constitutionnel, celui de l'article 159, semble commander la matière: «Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois». Cette disposition fait d'emblée l'objet d'une interprétation *a contràrio*.

Les cours et tribunaux reçoivent pour précepte de n'appliquer les règlements – c'est évidemment le mot essentiel – qu' «autant qu'ils seront conformes aux lois», aux normes équivalentes aux lois et, à plus forte raison, aux règles – telle la Constitution – qui ont la prééminence sur les lois. Ils ont donc compétence pour apprécier la conformité des règlements aux règles de droit qui leur sont hiérarchiquement supérieures. S'il s'avère que ces actes administratifs sont illégaux ou inconstitutionnels, les cours et tribunaux sont même tenus d'en refuser l'application.

Par contre, ces mêmes cours et tribunaux ne sauraient apprécier la conformité à la Constitution des lois – et l'on retrouve ici l'opposition foncière entre la loi et le règlement. Ils ne peuvent refuser d'en appliquer les dispositions, même celles dont l'inconstitutionnalité serait manifeste. Ils appliquent les lois les yeux fermés ... Puisque la Constitution ne dit mot du contrôle de conformité des lois à la Constitution, les cours et tribunaux ne peuvent pas refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle.

b. L'esprit de la Constitution

Un principe d'aménagement des institutions publiques, celui de la séparation des pouvoirs, était aussi rappelé. Le pouvoir législatif n'est-il pas

souverain dans son domaine? N'apprécie-t-il pas librement de la constitutionnalité d'une loi? Pourquoi reconnaître au pouvoir judiciaire le droit de s'immiscer dans pareille appréciation? Telle était l'argumentation inscrite déjà dans un arrêt de principe de la Cour de cassation du 23 juillet 1849: «Il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de rechercher si telle disposition légale est ou non en harmonie avec la Constitution».

c. Le contexte politique

Différentes circonstances politiques ne méritent-elles pas aussi d'être prises en considération? L'organisation d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'est que l'une des techniques de modération du pouvoir politique. Dans la mesure où d'autres modalités existent et fonctionnent de manière satisfaisante, il ne paraît pas indispensable de faire le détour de pareil contrôle. Avec Maurice Duverger ne faut-il pas convenir qu'il est inutile de recourir à des procédés spéciaux de limitation des gouvernants si des techniques générales de limitation trouvent à s'appliquer? Au nombre de celles-ci, l'on peut citer le bicaméralisme, les élections, le droit de dissolution du Roi, l'autonomie locale, toutes techniques de nature à modérer l'exercice du pouvoir.

Une remarque assortit le relevé de ces objections. La doctrine classique, parce qu'elle mettait presque exclusivement l'accent sur l'absence de contrôles de constitutionnalité à l'égard de l'activité des Chambres législatives, avait tendance à négliger l'ensemble des contrôles de constitutionnalité organisés à l'encontre des règlements.

Or, les cours et tribunaux, dans l'exercice de leur mission constitutionnelle, vérifient la conformité des règlements des autorités publiques à l'ensemble des règles de droit qui leur sont supérieures, et notamment à la Constitution, dont les prescriptions de forme et de fond régissent leur élaboration. Ils se reconnaissent compétents pour en refuser l'application et pour refuser de prêter leur concours à l'exécution d'un acte non conforme au droit. Prérogative complémentaire et non autonome, a-t-on souligné: l'article 159 de la Constitution qui en aménage l'exercice n'ouvre pas un droit de recours qui aurait pour objet d'assurer, indépendamment d'un droit subjectif, le respect de la règle de droit, en particulier celui de la Constitution[2].

[2] Dans la pratique, note Charles Huberlant, les cours et tribunaux ont surtout l'occasion d'user du pouvoir que leur confère l'article 107 lorsqu'ils sont saisis de poursuites répressives, d'actions civiles en responsabilité dirigées contre des personnes de droit public ou

Quelles leçons dégager de cette rétrospective historique?

– Les auteurs de la Constitution belge de 1831 croient à la valeur éminente de la Constitution. Ils ne l'appellent pas «loi fondamentale», comme aux Pays-Bas. Ils ne se contentent pas de traditions et de coutumes, comme au Royaume-Uni. Ils refusent la conception de la Charte octroyée ou négociée, comme en France. La Constitution, c'est autre chose. C'est un commencement absolu. C'est, en même temps, une règle suprême qui doit être mise hors d'atteinte des citoyens et des pouvoirs.

– Les auteurs de la Constitution belge de 1831 croient aussi à la valeur éminente de la loi. La liberté s'exerce à l'abri de la loi. La loi est l'œuvre des représentants de la nation. La loi est le coadjuteur de la constitution. Elle prolonge son œuvre. Elle actualise son œuvre. Elle participe du même héritage politique. Dans ces conditions, le contrôle de la loi par rapport à la Constitution paraît entièrement inutile.

– Les auteurs de la Constitution belge de 1831 se méfient du pouvoir exécutif, dans ses différentes manifestations. Ils confient donc au pouvoir judiciaire le soin de trancher toutes contestations, y compris celles qui mettent en cause l'Etat et son administration. Ils instaurent un contrôle de constitutionnalité des règlements par rapport aux lois et à fortiori par rapport à la Constitution.

– Il faudra attendre cent soixante-dix ans et l'instauration d'un Etat fédéral pour assister au phénomène de démultiplication des lois, pour prendre conscience des conflits de lois qui peuvent se développer à l'intérieur d'un même Etat et donc de l'urgence d'organiser un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales et fédérées. La Cour d'arbitrage répond à cette préoccupation.

de recours organises par des lois particulières contre des actes administratifs déterminés (*Le contrôle des actes administratifs par les cours et tribunaux en Belgique. Rapports belges au IXe Congrès international de droit comparé*, Bruxelles 1974, p. 466).

Del control de los hombres al control de las leyes: Parlamento y Constitución en España (1810-1931)

por *Marta Lorente Sariñena*

I. *Algunas consideraciones historiográficas*

1. No cabe duda de que intentar ofrecer una visión panorámica de las relaciones que pudieron entablarse entre el Parlamento y la Constitución durante un Ochocientos «largo» obliga a quien lo intenta a elegir tanto un formato expositivo como una vía de acceso a su – genérico – tratamiento. Tampoco cabe duda de que consignar semejantes obviedades requiere de una mínima justificación, pero, en mi descargo, puedo esgrimir una razón: la historiografía constitucional española no se ha caracterizado precisamente por desarrollar una profunda reflexión sobre ambas cuestiones[1].

Claro está que existen excepciones y que, por supuesto, se pueden advertir notables diferencias entre sus cultivadores, pero no es exagerado afirmar que, grosso modo, la historiografía preocupada por el constitucionalismo

La presente comunicación se inscribe en el marco del proyecto titulado «Historia institucional y cultural de la Justicia hispana (siglos XIII-XIX)» (BHA2000-0195).

[1] La debilidad de la historiografía sobre el constitucionalismo español no es precisamente un tema novedoso. Hace ya casi veinte años, B. Clavero reflexionaba sobre «... los orígenes nada constitucionales de la actual historiografía de la materia, los cuales pesan no sólo en las valoraciones, sino en también en la problemática». B. CLAVERO, *Evolución histórica del constitucionalismo español,* Madrid 1984, p. 162. La cuestión ha seguido ocupando a unos y a otros, como ejemplo, a J.M. PORTILLO, *¿Existe una historia constitucional de España? Reflexiones sobre un primer manual de esta especie*, in «Revista de las Cortes Generales», 24, 1991, pp. 295-341. La afirmación de su carencia («no existe en España historia constitucional») en B. CLAVERO, *Materiales primeros para una historia constitucional de España*, in «Anuario de Historia del Derecho Español» («AHDE»), LV, 1984, p. 843, y, extensamente, en *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid 1991, así como en su estudio introductorio a J.L DE LOLME, *Constitución de Inglaterra* (B. Clavero ed.), Madrid 1992, pp. 11-85. Finalmente, y ya más en concreto, sobre la inexistencia de una mínima convención sobre fuentes básicas para la historia del constitucionalismo, vid. M. LORENTE, *Manuscritos e impresiones para una historia constitucional de España (1810-1889)*, in «Historia Contemporánea», 12, 1995, pp. 91-133.

español ha estado y está instalada muy cómodamente en un marco bibliográfico bastante resistente a la integración o, incluso, a la mera discusión de nuevas propuestas interpretativas[2]. Las causas de este – documentable – rechazo a la innovación son sin duda múltiples, no resultando la menor el consciente o inconsciente desconocimiento de nuevas aportaciones[3]. Y, las consecuencias, previsibles; en mi opinión, la más relevante es el hecho de que una profunda y casi insalvable incomunicación se ha instalado entre sus cultivadores[4].

Independientemente de unas y otras, lo que aquí me importa subrayar es que una buena parte de las investigaciones y, sobre todo, de las exposiciones generales sobre la historia del constitucionalismo español, vienen a ser el resultado de una estrategia muy determinada, que, en esencia, puede indentificarse con una decidida apuesta por la comprensión de las sucesivas experiencias constitucionales desde el análisis del comportamiento de los diferentes sectores del liberalismo, los cuales, a su vez, suelen elevarse a la nebulosa categoría de «contexto histórico»[5]. Las consecuencias de este

[2] Hay que resaltar que la integración o discusión de nuevas propuestas interpretativas pasa necesaria y previamente por su identificación como tales. Esta fue la posición mantenida por F. Tomás y Valiente; con sus propias palabras: «Sólo me atrevo a decir que un nuevo modo de estudiar el constitucionalismo está surgiendo o ha surgido ya entre nosotros ... por la confluencia de perspectivas complementarias entre sí se están llenando huecos a la carrera y, sobre todo, se está pensando con una nueva mentalidad». «Presentación», «Historia Contemporánea», 12, 1995, p. 23. Sobre su propio – y truncado – proyecto historiográfico, vid. B. CLAVERO, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Milán 1996.

[3] Los ejemplos son innumerables, por lo que me limitaré a consignar uno menor, pero altamente significativo. J. de Esteban publica en Abril del año 2000 una segunda edición de una colección de Constituciones a la que precede un estudio preliminar titulado «Una aproximación a la historia constitucional de España (1812-1978)». Independientemente de la naturaleza del texto, que obviamente tiene un alcance informativo, no dejan de sorprender algunas de sus apoyaturas bibliográficas. Así, por ejemplo, al hablar de la influencia del texto gaditano en Hispanoamérica, el autor remite a un – sin duda notable en su día – artículo de R. Morodo y E. Díaz publicado en el año 1966 (J. DE ESTEBAN, *Las Constituciones de España*, Madrid 2000, p. 27), obviando la mera referencia a una abundantísima producción historiográfica sobre la cuestión, que se ha convertido en una auténtica obsesión para historiadores españoles e hispanoamericanos en las últimas décadas.

[4] Sobre esta cuestión me he extendido específicamente en M. LORENTE, *Historia del constitucionalismo, historia de la Administración. A propósito de dos recientes publicaciones*, in «Initium», 2, 1997, pp. 579-604.

[5] Expresado en otras – justificadoras – palabras: «El profesor Jímenez de Parga en su libro, ya clásico, *los regímenes políticos contemporáneos*, ha significado que el régimen político de un pueblo no tiene por qué coincidir con la organización escrita en sus leyes

viaje de ida y vuelta son múltiples, no resultando la menor la subordinación, o mejor, identificación, de la historia del constitucionalismo con lo que genéricamente podríamos denominar «historia política», entendida en ocasiones como una suerte de «liberación» del supuestamente antihistórico corsé jurídico.

Vistas así las cosas, la historia decimonónica del binomio Parlamento/ Constitución – centrada en el análisis de la revisión, defensa y desarrollo legislativo de los textos constitucionales – bien podría identificarse con la de las diversas concepciones e interpretaciones que fueron mantenidas por los agentes políticos, corregidas, eso sí, mediante la documentación de sus concretas actuaciones. Dicho de otro modo: de acomodarse a lo que vengo denominando estrategia común, las presentes páginas deberían ofrecer una suerte de resumen de las diferentes fases políticas del siglo en el que se pusieran de relieve los caracteres principales de cada una de ellas, dado que, posiblemente, las respuestas dadas a las mencionadas cuestiones podrían concebirse simple y llanamente como concretas plasmaciones de dichos caracteres generales.

2. No cabe duda de que la anterior descripción es no sólo incompleta, sino también bastante tendenciosa. En otras palabras, parece destinada a justificar la necesidad de una crítica historiográfica en la que, sin embargo, no entraré[6]. Bastará simplemente consignar no tanto una declaración de principios, como una propuesta interpretativa, ya que las presentes páginas, que se quieren desmarcar de la identificación historia constitucional/historia política, sin que por ello aspiren a la adjudicación de ningún rótulo, tienen

fundamentales, sino que es algo más que la descripción de los poderes oficiales y de la ideología que éstos dicen propugnar: es, en definitiva, la solución que se da de hecho a los problemas políticos de un pueblo. Y si ello es válido para el examen del ámbito de los sistemas políticos contemporáneos, más aún lo es, si cabe, para el estudio de los sistemas políticos históricos; de esta manera, el método expositivo seguido en esta obra ha seguido muy de cerca la 'realidad ambiental' determinante de cada uno de los sistemas que se describen ...». J.F. MERINO MERCHÁN, *Regímenes Históricos Españoles*, Madrid 1988, p. 17.

[6] No sólo porque este no es el lugar más adecuado, sino también debido a que la empresa crítica desborda con mucho la historiografía, ya que entra en un terreno que ha sido cultivado por los especialistas de lo que antaño se denominó «Derecho Político» para pasar, después de 1978, a llamarse Derecho Constitucional. Para una exposición crítica de la historia española de esta «disciplina» académica, cfr. las precursoras opiniones de F. RUBIO LLORENTE, *Nota preliminar a la edición española*, de E. STEIN, *Derecho Político*, Madrid 1973, pp. XI y ss.

como principal objetivo intentar demostrar hasta qué punto el estudio de lo que desde ahora denominaré «orden jurídico decimonónico» posee un gran potencial explicativo de la historia del parlamentarismo del Ochocientos español a efectos no sólo constitucionales, sino institucionales y culturales entendidos en un sentido muy generoso[7].

Pero para llegar a convencer respecto de la adecuación de esta vía de acceso que propongo, en definitiva, para relacionar el binomio Parlamento/ Constitución con la expresión «orden jurídico decimonónico», resulta conveniente ofrecer (i) una primera, simple y un tanto corregida relación de datos, que aun cuando pueda parecer cercana al modelo historiográfico criticado, resulta imprescindible para establecer las bases de mi argumentación, la cual (ii) desarollaré a continuación, teniendo como objetivo dotar de sentido para el lector el título, un tanto críptico, de las presentes páginas.

II. *Parlamentos y Constituciones. Los «modelos constitucionales» del Ochocientos español y la revisión, defensa y desarrollo legislativo de la Constitución*

1. Es un lugar común afirmar que el Ochocientos español asistió a la configuración de dos formas de entender la Constitución, vinculadas directamente a dos versiones del liberalismo[8]. Así, se afirma que hay un primer liberalismo radical y otro posterior democrático, devenido finalmente republicano, que

[7] Este planteamiento resume en buena medida el argumento que desarrollo extensamente en una monografía, titulada *La voz del Estado. La publicación de las normas en España (1810-1889)*, Madrid 2002.

[8] A ese «lugar común» se le deben añadir algunas aberraciones, como por ejemplo, la que creo representa la opinión de E. Attard, que considera que «La historia constitucional desde 1808 a 1931 fue el reflejo histórico positivo de la tragedia de las dos Españas, excepción hecha del esfuerzo de la Restauración de 1876». E. ATTARD, *El constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico*, Valencia 1988, p. 45. Si bien la famosa cuestión de «las dos Españas» no merece ser comentada, sí cabe hacer alguna alusión sobre el «esfuerzo de la restauración» al que se refiere este autor, ya que, en estos últimos años, se viene desarrollando en España una curiosa moda historiográfica, consistente en la «recuperación» del período de la Restauración a todos los efectos, constitucional incluído. Tengo para mí que, independientemente de las diferentes – y legítimas – valoraciones que pueda provocar el periodo entre políticos e historiadores actuales, no está de más recordar otras procedentes de sus contemporáneos: así, por ejemplo, para Pérez Serrano, la Constitución de 1876 murió en Abril de 1931 «sin haber merecido el honor de un comentario». N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución Española (9 de Diciembre de 1931). Antecedentes. Texto. Comentarios*, Madrid 1932, p. IX.

se «toman en serio» la Constitución en 1812, 1856, 1869 y 1873, el constitucionalismo se debilitó a lo largo del resto del siglo, coincidiendo con los periodos de predominio del liberalismo moderado o doctrinario, esto es, en 1837, 1845 y 1876[9]. Independientemente de lo que «no pudo ser» en el terreno de los hechos[10], lo cierto es que esa apuesta por un concepto débil o fuerte de Constitución marcó definitivamente sus relaciones con el Parlamento. Veámoslo detenidamente al hilo de la comprobación española de las tres cuestiones ya planteadas.

2. Comencemos con el problema de la «revisión» o reforma de los textos constitucionales; en definitiva, con la determinación del carácter flexible o rígido de las diferentes Constituciones. En principio, la respuesta española a esta interrogante resulta muy sencilla: sólo las Constituciones de 1812 y 1869, la no promulgada de 1856 y el proyecto republicano federal de 1873, dieron cobijo en su seno a mecanismos específicos de reforma constitucional, que las convertían en textos formalmente diferente al resto de la producción legislativa[11]. A estos datos normativos debe añadirse un hecho bien conocido: en la medida en que en ningún momento se pusieron en planta los mecanismos de reforma diseñados por el constitucionalismo fuerte, el historiador no puede ofrecer ningún ejemplo de revisión decimonónica de Constituciones rígidas.

Muy diferente resulta hacer un seguimiento de las reformas constitucionales abordadas a lo largo de los periodos en los que imperó el constitucionalismo débil. Este justificó su apuesta por la flexibilidad afirmando, entre otras cosas, que posibilitaba la no patrimonialización de la Constitución por una

[9] Una valoración crítica de las difentes opiniones sobre los «vaivenes» constitucionales, muy vinculada a la recuperación del tracto constitucional español en 1978, en F. Tomás y Valiente, *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, in «AHDE», L, 1980, pp. 721-751.

[10] Resulta imprescindible recordar que los periodos de vigencia de los diferentes modelos identificables con el «constitucionalismo fuerte» fue muy reducida.

[11] El título X de la Constitución gaditana («De la observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella») regulaba no sólo el procedimiento de revisión – arts. 376-384 – sino el procedimiento por infracciones (vid. *infra*) y el juramento de los empleados públicos. Al mismo tiempo, en el art. 375 se consignó una prohibición absoluta de reforma: el texto gaditano no podía revisarse hasta pasados ocho años de «hallarse puesta en práctica la Constitución en todas sus partes». La Constitución de 1869 simplificó, respecto de la gaditana, el mecanismo de reforma, dedicando su título XI («De la reforma de la Constitución») a su regulación. El Proyecto de 1873 mantuvo una versión republicana del procedimiento en su título XVII («De la reforma de la Constitución»).

fuerza política, a lo que hay que añadir que, previamente, se había ocupado de descargar de contenidos lo que acotó como materias estrictamente constitucionales[12]. Es en este marco teórico, que ha reducido la Constitución a materia política, en el que deben insertarse reformas sonadas[13], encubiertas[14] o, incluso, algún que otro proyecto frustrado[15].

Una vez recordados estos datos básicos, resta hacer alusión a una problemática, en principio terminológica, que los desborda. Porque, independientemente de comprensiones actuales que traducen los términos reforma o revisión por procedimiento agravado, el primer obstáculo a superar por el historiador es, en mi opinión, dar respuesta a una sencilla cuestión previa: ¿qué se entendió por «reforma constitucional» a lo largo de una buena parte del Ochocientos español? O, dicho de otro modo, ¿qué procesos podemos incluir dentro de esta expresión? Y, finalmente, en el caso que las hubiere ¿qué consecuencias arroja el análisis de todo ello para una cabal inteligencia de la problemática de la rigidez o flexibilidad de las normas constitucionales?

El término «reforma» se utilizó abundantemente a lo largo de la primera mitad del XIX. De todos es sabido que la Constitución de 1812 se presentó a sí misma como una «reforma de la antigua constitución de la Monarquía»[16]. Con posterioridad, la Constitución de 1837 recurrió a un similar – aunque no idéntico – expediente justificativo, ya que pretendió ser el resultado de una «revisión» de la Constitución gaditana[17]. Finalmente, también la Constitución

[12] Vid. como ejemplo la valoración de las consecuencias de la «reducción» constitucional realizada en 1837 respecto del texto de 1812 desarrollada por B. CLAVERO en su *Manual de historia constitucional de España*, Madrid 1989, p. 56.

[13] Como fueron, por ejemplo, la promulgación y posterior derogación del Acta adicional a la Constitución de 1845 y de la Ley Constitucional de Reforma de 1857.

[14] Cfr. la siguiente opinión sobre la Constitución de 1876: «Pero también veremos que no es una norma muy creativa. No habiendo reconocido a ninguno, realmente parte de los textos constitucionales anteriores y especialmente del más próximo, el de 1869; materialmente podía haber consistido en una reforma suya». B. CLAVERO, *Manual*, cit., p. 133.

[15] Como los proyectos de reforma del texto de 1845 propugnados por el Gabinete Bravo Murillo en 1851. Con posterioridad, el político moderado se extendería en su justificación: cfr. «Opúsculos», IV, Madrid 1863.

[16] Sobre esta cuestión, extensamente, vid. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*, in «AHDE», LXV, 1995, pp. 13-125.

[17] Aun cuando el restablecimiento de la Constitución de 1812 por la Reina Gobernadora llevó aparejado el deseo de reformar el texto constitucional, la obra de revisión no se

de 1845 fue el resultado de una «reforma y mejora» de la precedente, esto es, de la de 1837[18]. Como podrá comprobarse, el término «reforma» tiene para nosotros tres significados distintos en las fechas señaladas, ya que se refiere, por orden, a un proceso constituyente, a una desvirtuación del mecanismo de reforma constitucional fijado en el texto por entonces vigente y, finalmente, a una reforma que implicó sustitución.

A pesar de la inmensa distancia que separan los distintos significados del término reforma en la primera mitad del Ochocientos, hay una serie de elementos comunes que merecen ser tenidos en cuenta. El primero, muy obvio, ha sido comentado en innumerables ocasiones por la historiografía: su utilización para calificar procesos de hecho constituyentes tuvo una clara intencionalidad política, destinada en buena medida a aplacar a los contendientes, bien fueran representantes ideológicos del Antiguo Régimen en 1812, nostálgicos del doceañismo en 1837 o progresistas desfondados en 1845.

Pero, a pesar de que no cabe duda de que el uso político del término reforma resulta innegable, tengo para mí que esta explicación resulta insuficiente. La obcecación de los, en definitiva, constituyentes de 1812, 37 y 45 en la utilización del término que ahora nos ocupa[19], emite unas señales que debieran ser tomadas en cuenta por el historiador, las cuales le habilitan en cierta medida para traducir reforma por justificación de la vigencia de un legado normativo e institucional previo. Así avaladas, normas e instituciones no necesitaron traer causa constitucional – que aquí puede traducirse por fundacional – sino, en todo caso, histórica.

construyó finalmente desde la Constitución, «... sino sobre un solar constituyente, situado a extramuros de la misma». J. TOMÁS DE VILLARROYA, *Las reformas de la Constitución de 1812 en 1836*, in «Revista del Instituto de Ciencias Sociales», 4, 1964, p. 203. Por supuesto, un sector de la Cámara pidió – sin éxito – que se observara íntegramente el Título X de la norma doceañista vigente: cfr. la propuesta del Diputado Ayllón, en «Diario de Sesiones de las Cortes», 29 de Octubre de 1936.

[18] Preámbulo de la Constitución de 1845: «Doña Isabel II, por la gracia de Dios y de la Constitución de la Monarquía española Reina de las Españas ... Que siendo nuestra voluntad y la de las Cortes del Reino regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos reinos, y la intervención que sus Cortes han tenido en todos tiempos en los negocios graves de la Monarquía, modificando al efecto la Constitución promulgada en 18 de junio de 1837 ...».

[19] Soy consciente de que manejo aquí muy livianamente el problemático concepto de «poder constituyente». Sobre sus limitaciones, se ha pronunciado recientemente de forma muy aguda J.L. REQUEJO, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid 1998.

Resulta imposible abordar aquí el desarrollo de las sin duda múltiples implicaciones de esta interpretación, por lo que me contentaré simplemente con identificar una entre tantas, ya que me serviré de ella posteriormente: entender el poder constituyente como un poder «reformador» de la antigua constitución de la Monarquía Católica, o de las Constituciones de 1812 o 37, desarrollando una comprensión que habilitaba para aceptar antiguos legados sin introducir el requisito del contraste constitucional, impidió el desarrollo de una reflexión novedosa sobre el conocido – y problemático – instituto de la derogación de las normas[20]. Este bloqueo permitía, a su vez, que siguiera identificando la idea de ley con el tan conocido formato recopilador, impidiendo finalmente la emergencia de nuevas concepciones sobre aquélla.

Repárese en que la inexistencia de una nueva reflexión sobre las posibles connotaciones constitucionales de la derogación arroja una serie de consecuencias que afectan no sólo a aquellos capítulos que podríamos considerar, por cercanos, más novedosos, como el que corresponde a la inversión de criterios clásicos de interpretación en virtud del reconocimiento de la supremacía formal de la Constitución, sino a la mera adecuación de dichos criterios a un universo jurídico por completo diferente al que asistió a su formulación[21]. Y no cabe duda que, desde Cádiz, se pretendió sustituir

[20] Reflexión que, no obstante, resultaba necesaria, siempre y cuando hagamos caso a significativos representantes de la ilustración jurídica española, los cuales habían criticado ya en el Setecientos la existencia y consecuencias de una antigua concepción de la *derogatio* mantenida por la jurisprudencia de su tiempo («en el axioma que la derogación de las leyes es odiosa»). P. MORA Y JARABA, *Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos para utilidad publica*, Madrid 1748, p. 218. Una vez cruzada la barrera del siglo, el problema continuó: «... no se puede menos de reprender amargamente ese sistema de dejar en su vigor las leyes existentes al tiempo de formación de cada Codigo ...». P. GOROSABEL, *Redaccion del Codigo civil de España, esparcido en lo diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nacion*, Tolosa 1832, p. VIII.

[21] No cabe duda de que «adecuación» del legado jurídico del Antiguo Régimen debió de ser harto complicada. Como ejemplo, baste recordar cuáles eran las técnicas de «mejora» de la legislación sugeridas por un inteligente crítico, Martínez Marina. Este eclesiástico liberal sugería lo siguiente: «Un exacto y laborioso copilador, cotejadas estas leyes, omitiendo las providencias desusadas o derogadas y conservando las útiles, hubiera de todas ellas formado una buena ordenanza». Como bien puede inferirse de este texto, no parece que Martínez Marina creyera que el deseado «copilador», artífice de decisiones derogatorias, tuviera problema alguno de legitimación, sino más bien otros muy distintos: «Los magistrados, jurisconsultos y curiosos investigadores de la historia de la legislación española, ¿pueden estar seguros y contar con la exactitud de las leyes sin necesidad de recurrir a los originales?». *Juicio Crítico a la Novísima Recopilación*, en *Obras escogidas*, CXCIV, I, pp. 409 respectivamente y 417.

el jurisprudencial propio del Antiguo Régimen por otro de naturaleza legal[22].

El término «reforma» dejó de servir como justificación política a mediados de siglo. La revolución de Septiembre no sintió necesidad de encubrir con calificativo alguno ni el proceso, ni la tarea constituyente. En sentido similar, pero contrario, la Restauración rechazó hacer uso del término reforma aunque, como ya se indicó, la Constitución de 1876 pudo haber consistido en una revisión de la norma de 1869. Pero aun cuando podríamos afirmar que a partir de la Gloriosa ya no hay rastro del uso espúreo del término reforma constitucional, debemos limitar esta afirmación. Porque, de un lado, los revolucionarios de 1869 asumieron, sin problematizar, una pesada y lastrante herencia[23]; de otro, la aceptación de órdenes anteriores, presuntamente intemporales por ser precisamente históricos, no sólo se mantuvo, sino que se revitalizó en la Restauración. En este periodo se (re)elaboró la teoría de la constitución interna, sustancial, esencial de España para referirse a la Monarquía representativa, entendida así no como fruto del proceso constituyente – por está bien que éste no hubiera sido popular precisamente –, sino de la historia[24]. Como podrá comprenderse, tanto la falta de radicalidad revolucionaria, como el marco restaurador, tan poco fundacional, ampararon ampliamente el mantenimiento de una comprensión muy deficiente del instituto de la derogación, propiciando la permanencia y desarrollo del conocidísimo mal de la acumulación normativa.

Llegados aquí, se impone una recapitulación. Independientemente de los famosos vaivenes políticos, y por lo que se refiere a la cuestión de la revisión de la Constitución, el constitucionalismo del Ochocientos se caracterizó por confundir conscientemente reforma con proceso constituyente, apostar en la mayoría de las ocasiones por la flexibilidad de la norma constitucional basándose en legitimaciones de signo historicista, y no ser en ningún momento capaz de poner en marcha un proceso de reforma de sus escasas Constituciones rígidas. De esta apretada síntesis podríamos inferir que, en esencia, el constitucionalismo español no fijó – formalmente – el lugar propio

22 Art. 258 de la Constitución de 1812: «El Código civil y criminal y el de comercio seran unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes».

23 La que B. CLAVERO denomina «Administración constituída», in *Manual*, p. 45.

24 A. Pace señala que, independientemente de las motivaciones políticas, la doctrina de la «constitución histórica» (Jovellanos) o «constitución interna» (Cánovas) fue la que justificó teóricamente la apuesta por la flexibilidad constitucional en 1837, 1845 y 1876. *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997, p. 72.

del constituyente, prestando su espacio a un legislador ordinario y, sobre todo, limitado, por no poder disponer del componente «histórico».

Aun cuando, en buena medida, las anteriores conclusiones/valoraciónes pueden considerarse válidas, no por ello resultan suficientes, debido a que ni aportan datos que permitan valorar la obra de ese legislador que usurpó el lugar del poder constituyente y de revisión, ni tampoco se extienden en el análisis de lo que fue uno de los principales problemas del siglo: la intervención de los Gobiernos en el campo de juego abierto por la revisión o reforma de los textos constitucionales, de las que sí contamos con innumerables ejemplos. Pero si cambiamos la perspectiva, afirmando que la gran tensión decimonónica no es la que pudo establecerse entre Constitución y Ley para su reforma, sino, en todo caso, entre Constitución y actuación del Gobierno, necesitamos un nuevo referente, en buena medida distinto al de la norma constitucional, para valorar el problema de la revisión en toda su dimensión. En este exacto sentido, no cabe duda de que dicho referente no puede ser otro que el de la ley. Ahora bien, nos podríamos preguntar, ¿de qué estamos hablando cuando utilizamos el término ley en el contexto del Ochocientos español?

3. Dejo aquí abierta la interrogante para pasar a la segunda de las cuestiones. Preguntarnos por la garantía y defensa de la Constitución en el constitucionalismo decimonónico español nos conduce a representarnos el siglo como un terreno esencialmente yermo, siempre y cuando no identifiquemos aquellos términos con estados de alarma, sitio o excepción[25]. Si por garantía entendemos no defensa – sobre todo militar – del orden público, sino defensa de una cierta supremacía material de la Constitución respecto del resto del orden normativo, lo cierto es que no nos topamos con muchos intentos de concebir y/o desarrollar procedimientos institucionales destinados a hacer efectiva dicha supremacía. No obstante, algo hubo y justo es que aquí se mencione[26].

[25] Vid. P. CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio y la Constitución*, Madrid 1980.

[26] La búsqueda de «precedentes» se ha convertido en una obsesión de un sector de la historiografía constitucional que, desalentada por la escasez, llega a conclusiones que resultan obvias desde un principio. Así, por ejemplo, S.A. Roura demuestra meticulosamente que sólo las dos Repúblicas se embarcaron en la organización de un sistema de control de constitucionalidad de la ley, intentando explicar la «anomalía» que supone el vacío anterior mediante el siguiente expediente: «... lo que estaba en juego, más que un concreto precepto de Constitución, era el edificio constitucional mismo, su defensa no podía articularse como la de un cuerpo legal, sino como la defensa de un nuevo modo de

Así, por ejemplo, el primer constitucionalismo gaditano diseñó un complicado y curioso sistema de control de los actos inconstitucionales de los empleados públicos por parte de las Cortes, que implicó su conversión en una suerte de jurisdicción constitucional concentrada a la que se sometió la actuación, inclusive la normativa, de todas y cada una de las autoridades, políticas, militares y eclesiásticas[27].

No tan efectiva, pero sin duda interesante, resulta la prohibición constitucional de legislar preventivamente sobre el ejercicio de los derechos definidos en el primero de los títulos de la Constitución de 1869, que se supone debería haber vinculado a los Parlamentos elegidos bajo la vigencia de la esta primera norma[28]. Sin embargo, esta disposición no se acompañó con la instrumentación de ningún procedimiento para su garantía[29], por lo que no resulta comparable a los mecanismos diseñados en el Proyecto de Constitución Federal de la I República Española[30]. Dicho Proyecto convirtió al Senado en una suerte de controlador de la constitucionalidad de las leyes del Congreso mediante un complicado procedimiento que recuerda vagamente a la casación revolucionaria[31]. Aquí no se detuvo la reflexión, republicana y federal, respecto de la organización de la garantía de la Constitución, ya que también se habilitó al Tribunal Supremo de la Federación para declarar si la aplicación de la ley era o no constitucional, pudiendo suspender sus efectos en caso negativo[32]. Finalmente, y como

entender el Estado». *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Madrid 1998, p. 181.

[27] M. LORENTE, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid 1989.

[28] Art. 22 del Título primero («De los españoles y sus derechos»): «No se establecerá ni por las leyes ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título ...».

[29] La Constitución de 1869 sólo habilitó a los Tribunales para inaplicar los reglamentos ilegales – art. 91 del Titulo VII («Del poder judicial») –, sin hacer mención de la posible existencia de leyes inconstitucionales.

[30] En el cual se reprodujo exactamente la prohibición consignada en el texto de 1869 (art. 21 del Título II). No obstante esta concreta semejanza, el proyecto republicano mantuvo una concepción de los derechos sensiblemente diferente. Valga simplemente el recuerdo de que en su título preliminar se recogieron derechos predicables de «Toda persona», cerrándose con una declaración inexistente en el texto de 1869: «Estos derechos – los recogidos dicho título – son anteriores y superiores a toda legislación positiva».

[31] Art. 70 del Título VIII «Facultades especiales del Senado».

[32] Art. 77 del Título X «Del poder judicial».

era previsible, en el texto del Proyecto se consignó con claridad que ni las Constituciones de los diferentes Estados, ni sus legislaciones, podían contradecir la Constitución Federal[33], competenciando al mismo Tribunal Supremo para la resolución de los conflictos entre los Estados[34]. De esta breve y atropellada historia podrían extraerse dos diferentes conclusiones. En primer lugar, que sólo el constitucionalismo «fuerte», tanto radical como democrático, reflexionó sobre la imposibilidad de legislar en contra de la Constitución aunque, y esta sería la segunda cuestión, en líneas generales, todo el constitucionalismo decimonónico español no se preocupó en exceso por las posibles violaciones al texto constitucional producidas por la actividad legislativa del Parlamento. Esta última afirmación se puede extender a todos los modelos constitucionales si consideramos que las dos excepciones, tanto la gaditana como la republicana, fueron producto de lógicas ajenas o complejizadores del conflicto de normas: si la de la responsabilidad de los empleados está en el modelo gaditano, la federal complica, a la vez que es fundamento, la que anima el Proyecto republicano.

Ahora bien, estas valoraciones resultan insuficientes, ya que se olvidan de ese capital problema del XIX al que antes ya hice referencia. En opinión de los contemporáneos[35], el «peligro» decimonónico no residía tanto en la posible inconstitucionalidad de las leyes, como en la inconstitucionalidad o, incluso, ilegalidad de las normas de rango inferior[36]. Por ello, la reflexión del historiador respecto de la labor desarrollada por los Parlamentos en el terreno de la garantía de la norma constitucional debe ampliar su consideración, obligándonos a replantear la cuestión del conflicto normativo en el siguiente sentido: ¿qué hicieron los Parlamentos a la hora de diseñar la garantía de su propia producción, fuera esta constitucional o legislativa?

[33] Arts. 93 y 99 del Titulo XIII «De los Estados».

[34] Art. 78 del Título X «Del Poder Judicial».

[35] Cfr. la siguiente opinión: «... la legislación es un confuso caos de disposiciones contradictorias, que no obedecen á principio alguno fijo, sino al capricho ó al interes ministerial ...». Del prólogo escrito por J.Posada a la obra de J. GALLOSTRA Y FRAU, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid 1881, p. VI.

[36] El Tribunal Supremo se hartó de recordar una y otra vez «... que las leyes no pueden ser derogadas por reales órdenes ...». La expresión la extraigo de las sentencias de 2 de Noviembre de 1853 y 12 de Mayo de 1868, ambas recogidas por S. Herrero, El Código Civil español. *Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo á la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valladolid 1872, p. 6.

4. De nuevo, dejo aquí abierta esta segunda interrogante, ya que resta contestar a la última cuestión que versaba sobre la labor realizada por los Parlamentos en el terreno de la concreción legislativa de las promesas constitucionales. También en este punto cabe distinguir dos diferentes concepciones: la mantenida por el liberalismo radical o democrático, que entendió que la agenda legislativa del Parlamento debía ajustarse a las previsiones constitucionales – que fueron bastantes –, y la propia del liberalismo moderado, que rompió la vinculación entre Constitución y leyes al considerar que la reforma de la «legislación» era una tarea para la que no se necesitaba anclaje constitucional ninguno.

Los ejemplos en uno y otro sentido pueden acumularse, pero este tipo de argumentación, muy del gusto de la historiografía constitucional española, no es en mi opinión la más relevante a la hora de hacer un balance del carácter programático de las Constituciones españolas, ya que olvida una cuestión tan aparentemente formal como materialmente trascendente. Porque, si queremos comprender en sentido fuerte cuál fue la relación entre Constituciones y Parlamentos a la hora de desarrollar cuestiones tales como la promesa codificatoria, tradicionalmente incluida en todos los textos constitucionales desde 1812, resulta necesario comprobar no sólo qué leyes se aprobaron, sino cuáles fueron las técnicas utilizadas para confeccionar esas leyes, Códigos incluidos, que supuestamente debían desarrollar la Constitución[37].

Si atendemos a este último extremo, la división entre uno y otro liberalismo/constitucionalismo salta de nuevo por los aires, ya que el democrático se alinea con el moderado en contra del gaditano. Mientras que el primer constitucionalismo hispánico entendió que debía ser el propio Parlamento mediante comisiones quien elaborase los proyectos de ley que después se pasarían a su aprobación, a partir de la década de los treinta, y ya sin interrupción hasta finales de siglo, en el seno del constitucionalismo español se fueron desarollando y afinando una serie de técnicas legislativas que tuvieron como objeto hurtar al Parlamento la confección e, incluso, aprobación definitiva de las leyes: habilitaciones en blanco al Gobierno, confirmaciones

[37] Sobre esta cuestión, vid. los artículos pioneros de F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los supuestos ideológicos del Código Civil: El procedimiento legislativo*, en *La España de la Restauración. Política, Economía, Legislación y Cultura*, Madrid 1985; «La Codificación, de utopía a técnica vulgarizada», *Symbolae Ludovico Mixelena Septuagenario Oblatae*, Vitoria 1985 y, sobre todo, «Aspectos generales del proceso de codificación en España», Real Academia de Legislación y jurisprudencia, Madrid 1988 (posteriormente incluidos en *Códigos y Constituciones*, Madrid 1989, pp. 81-109, 111-124 respectivamente y 35-60).

legislativas de disposiciones previas ya promulgadas, exoneraciones múltiples, leyes de Bases, y, sobre todo, la permanente labor de la Comisión General de Codificación, creada en 1843 y viva todavía hoy, desplazaron hacia el Ejecutivo la tarea legislativa, independientemente de cuál fuera la actuación final del Parlamento[38].

5. Aunque hasta aquí he tratado de traducir en términos constitucionales lo que no es sino – conocida – historia política, como se habra podido comprobar esta vía de acceso a la comprensión del constitucionalismo decimonónico español es, en mi opinión, una vía muerta. Y lo es no sólo porque los «replanteamientos» formulados, identificables con las cuestiones no contestadas, generan insatisfacción, sino porque la utilización de la «estrategia» comúnmente aceptada no me ha conducido sino a «españolizar» mediante ejemplos lo que de todos es conocido por «constitucionalismo debil», común por lo demás a diferentes países europeos[39].

En España, la debilidad de la percepción constitucional decimonónica se proyectó, al mismo tiempo que traía causa, en la debilidad de un Parlamento, endémicamente mal elegido[40], y casi permanentemente sometido al binomio monárquico-gubernamental, siendo así que las excepciones «fuertes» se produjeron sólo en ausencia de Rey, una ausencia que parece haber sido condición necesaria para permitir el desarrollo de la reflexión sobre la supremacía formal e incluso material de la Constitución, o para la concreción legislativa del proyecto constitucional, por más que ambas se expresaran en términos que, vistos desde hoy, no parecen ser en exceso coherentes.

No obstante, creo sinceramente que el esfuerzo comparativo no puede darse por satisfecho con la comprobación en concreto lo que ya suponía

[38] Que fue literalmente burlado en muchos casos: como ejemplo puede traerse aquí la «actuación» del famoso padre del Código Civil, Alonso Martínez, en el Parlamento, analizada por F. Tomás y Valiente, *Los supuestos ideológicos del Código Civil*, cit., passim.

[39] U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna 1989, p. 23.

[40] No es este precisamente el lugar más indicado para hacer análisis electorales. Sin embargo, no sobra el recuerdo de alguna opinión crítica de significativos contemporáneos: «La última faz que presentaron nuestras elecciones tomando en ellas un deplorable caracter administrativo se inició á partir de 1848, adquiriendo el de elecciones oficiales las que indistintamente, tanto en épocas revolucionarias como á consecuencia de los vicios que se fueron en cierto modo infiltrando en las costumbres del pais, el Gobierno y sus agentes, y no los electores, han constituido los elementos que producen las mayorias». A. Borrego, *La torre de Babel en estado de construcción por obra común de los partidos politicos españoles*, Madrid 1890, p. 110.

por conocerse cuáles eran sus líneas generales. Por ello, trataré ahora de desarrollar la vía que he propuesto en el comienzo de esta exposición, esto es, el análisis de lo que he denominado «orden jurídico decimonónico», con el fin de configurarlo como un observatorio desde el cual puedan valorarse, en mejores condiciones que las hasta aquí ofrecidas, las – para mí – reales relaciones que se entablaron entre Parlamento y Constitución a lo largo del Ochocientos español.

III. *El constitucionalismo español: Del control de los hombres al control de las normas*

1. Si queremos hablar, en puridad, de la supremación formal y material de la Constitución entendida como norma, debemos remontarnos al precedente de nuestra actual Constitución, esto es, a la primera norma republicana de 1931. No me detendré en ella, ya que no sólo excede las fronteras cronológicas que marcaron el interés del Convenio trentino, sino que también da entrada a una problemática por completo diferente a la tratada hasta aquí[41]. De la comprensión constitucional republicana sólo interesa destacar lo ya dicho, esto es, que no tiene precentes en la historia constitucional previa. Y, más que eso, que no los tiene no tanto porque en 1931 se desplieguen todas las consecuencias de una concepción distinta de la norma constitucional, sino porque sólo entonces coagula definitivamente una comprensión formal de ley que se había ausentado por completo de la escena decimonónica.

2. Si ampliamos las fuentes que permiten el análisis del historiador, añadiendo a los textos constitucionales y a las discusiones parlamentarias la lectura de la producción de los operadores jurídicos, plasmada en obras doctrinales e, incluso, en lo que podríamos definir como periodismo jurídico, nos topamos con un sospechoso vacío: resulta muy difícil encontrar un solo pronunciamiento en el que se contenga una definición formal de ley o, dicho de otra forma, una comprensión de la misma como exclusivo producto del Parlamento[42].

[41] P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid 1987.

[42] M. Lorente, *De la Revista al Diccionario: Martínez Alcubilla y el orden de prelación de fuentes en la España decimonónica*, en *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires 1997, pp. 243-287.

Por lo menos hasta la promulgación del Código Civil (1889), muchos autores, agobiados por la acumulación de «cuerpos legales» vigentes[43], por ley entenderán la definición alfonsina, pero no de Alfonso XII o XIII, sino de su medieval antecesor Alfonso X, bastante alejada por cierto de una comprensión que la identificara con la expresión de la voluntad general. Como decía uno entre tantos, en el texto del Rey Sabio se había acomodado la doctrina de Cicerón, ya que la ley, en castellano, no era otra cosa que lo siguiente:

«Leyenda en que yace enseñamiento e castigo, e escrito, que liga e apremia la vida del hombre que no faga mal, e muestra e enseña el bien que el hombre debe facer e usar»[44].

Aun cuando la explicación de textos como este podría atribuirse simplemente a la inercia, un tanto inconstitucional pero, en definitiva, reflejo de una sociedad y de un país resistentes, por atrasados, a los cambios, la persistencia de concepciones antiguas que monopolizaron la cultura jurídica española a lo largo del Ochocientos resulta, cuando menos, sorprendente. Incluso los más «renovadores» juristas españoles se mantuvieron en un único contexto discursivo dominado por la tradición[45]. Una y otra vez, una doctrina procedente y apegada a las Partidas, que no a las Constituciones, sirvió para explicar el nuevo diseño institucional en el que, por supuesto, el Parlamento y sus funciones ocupaban un lugar relevante[46].

[43] Cfr. la siguiente descripción: «... nuestro objeto en este artículo es solamente indicar, porque otra cosa no es posible, el orden de prelación en la aplicación de las leyes y de las diversas compilaciones legales. Estas son muchas ... Las leyes no recopiladas o posteriores a la Novísima Recopilación ... La Novísima Recopilación ... El Fuero Juzgo, el Fuero Real y los Fueros municipales ... Las Partidas ... el Código Penal de 1848, el Código de Comercio de 1829, la ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830 y las no pocas leyes novísimas que se registran en los 96 tomos de la Colección legislativa ... y el derecho canónico, y el derecho militar y el derecho colonial ...». M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Biblioteca de los juzgados de paz y Diccionario Manual de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid 1865, pp. 260-261.

[44] J. SALA, *El Derecho Real de España*, Madrid MDCCCXX, I, p. 4.

[45] Compruébese esta afirmación en la opinión, ya no procedente de redición alguna, sino de la novedosa pluma de uno de los «padres» fundadores del Derecho Administrativo español: «Fundanse las (leyes) civiles en la justicia universal, descansan en principios de eterna verdad, y por consiguiente en sus aplicaciones descúbrese siempre mucha analogía á pesar de la variedad de los tiempos y la distancia de los lugares ... de suerte que el derecho civil es, por decirlo así, preexistente ó anterior á los Códigos». M. COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, Madrid s.d., I, p. 29.

[46] Veáse como ejemplo de lo afirmado lo que un importantísimo civilista pensaba era el «derecho positivo», nacido, en principio, del Parlamento: «... solo puede emanar de la expresion solemne ó de la voluntad tácita del poder legislativo. De aquí proviene la

Los ejemplos podrían acumularse infinitamente, siendo así que, además, para valorarlos en su exacta medida deberíamos añadir que el vigor de una determinada comprensión vino a demostrarse por su extensión hispanoamericana[47], a la que no importó el dato de la independencia para mantenerse firme en una tradición de raíces hispanas[48]. Una comprensión del orden jurídico, fundamentada y expresada en términos de un epigonal *ius commune*, presidió la cultura jurídica del XIX español con sus consecuentes variantes hispanoamericanas[49]. Y, de todos es sabido que, en dicha comprensión, la noción moderna y formal de ley no tenía precisamente una buena cabida[50].

3. Se podría advertir que el *décalage* entre la organización institucional decimonónica y la jurisprudencia doctrinal resulta ser en buena medida una consecuencia del gusto por la tradición que suele caracterizar a la clase jurídica, representativa por lo demás de una suerte de actitud reaccionaria frente a los cambios. Sin embargo, creo que la incapacidad demostrada ampliamente por los operadores jurídicos decimonónicos para «ver» un nuevo concepto de ley, distinto que el elaborado por la jurisprudencia alfonsina, no respondió a su natural conservadurismo, sino a un problema real: la incerteza. A lo largo de todo el siglo XIX, la tarea fundamental de jueces, administradores y abogados fue encontrar la norma, que no la

division del derecho en promulgado y en consuetudinario ... la reciente revolucion nada ha constituido todavía definitivamente ... para constituir derecho la costumbre, debe ser, como dicen nuestras leyes, conforme con la religion é intereses del pais introducida con ciencia y paciencia del poder legislativo, usada sin interrupcion por diez años, y ratificada por juicios ó actos uniformes: reuniendo estos requisitos, no sólo interpreta y suple la ley, sino que también la deroga». P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, Madrid 1974, p. 139.

47 M. LORENTE, *Las resistencias a la ley en el primer constitucionalismo mexicano*, en *La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente*, México 1998, pp. 295-327.

48 V. TAU ANZOÁTEGUI, *La Ley en América Hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*, Buenos Aires 1992 y, sobre todo, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires 1992.

49 La literatura jurídica méxicana, con su abierta oposición a la formulación de un concepto formal de ley, ha sido espléndidamente estudiada por M. DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *El derecho civil en México, 1821-1871*, México 1988.

50 Una magnífica síntesis de dicha concepción se puede consultar en J. VALLEJO, *Il calice de' argento*, en C. PETIT - J. VALLEJO, *La categoria giuridica nella Europa del Medioevo*, G. ORTALLI (ed), *Storia d'Europa*, 3: *Il Medioevo (secoli V-XV)*, Torino 1994, pp. 737-741.

ley, aplicable al caso que les ocupara, fuera éste cual fuera. Dicho de otra forma: cualquier operador jurídico entendió que su principal labor era la de justificar la vigencia de la norma aplicable[51].

La incerteza caracterizó como ninguna otra cosa la vida jurídica del Ochocientos español[52]. Y dicha incerteza tenía una primera raíz de la que ya he dado somera cuenta: en ningún momento, ni siguiera en el radical gaditano, se consideró derogado ni en todo, ni en parte, el legado normativo proveniente del Antiguo Régimen[53], cuestión que complejiza enormemente la valoración del momento constituyente doceañista en todas sus dimensiones. Cierto es que siempre se entendió que la norma posterior derogaba a la anterior, pero cierto es también que a la inmensidad e indeterminación del legado normativo del Antiguo Régimen se fueron añadiendo diferentes normas procedentes de los sucesivos periodos constitucionales, que solían aparecer y desaparecer como el español río Guadiana a impulsos de los cambios políticos.

Y afirmo que se fueron añadiendo porque poco importaba cuál fuera la procedencia y cronología de los añadidos, ya que a todos los textos, antiguos y modernos, se les concedió un mismo o similar valor. No encuentro una mejor justificación de esta última afirmación que el análisis de una técnica legislativa muy curiosa, que me he permitido calificar de «revitalización normativa», y que fue utilizada tanto por Parlamentos como por Gobiernos. En su virtud se vivificaba la vigencia de normas anteriores no sólo derogadas, sino meramente olvidadas; así, mediante cualquier tipo de disposición – leyes incluidas – se recordaba que tal o cual norma debía entenderse vigente, independientemente de su origen y tipología. Mediante esta técnica no sólo se revitalizaron normas procedentes de periodos constitucionales anteriores, que congeniaban en cierta medida con el caracter político de

51 Como ejemplo, valga la siguiente cita de una obra publicada pocos años antes de la promulgación del Código Civil: «Insertamos á continuacion la célebre ley 21-2-P. 1era. que algunos creen vigente, fundándose en que por ninguna otra ha sido expresamente derogada; y que nosotros creemos que lo está por el espíritu de la legislacion moderna». S. HERRERO, *El Código Civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo á la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valladolid 1972, p. 4.

52 Aunque algunos parecen creer que es cuestión de este siglo: cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid 1999.

53 Con su correspondiente extensión americana y ultramarina. Sobre la «pervivencia» decimonónica de la Recopilación indiana, cfr. M. LORENTE, *La suerte de la recopilación de 1680 en la España del siglo XIX*, in *Actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, IV, Buenos Aires 1997, pp. 431-480.

los Gobiernos o Parlamentos responsables de dicha revitalización, sino disposiciones contenidas en las Recopilaciones de la Monarquía Católica. Un enorme depósito de textos se mantuvo en un estado de vigencia latente a lo largo del Ochocientos, dispuesto a «revitalizarse» en cualquier momento de la mano tanto de la decisión política, como de la interpretación jurídica de naturaleza eminentemente historicista[54].

Al mismo tiempo, todos y cada uno de los operadores políticos y jurídicos tuvieron a su disposición un inmenso conjunto de normas, esto es, de textos, que debían «ordenar» estableciendo una jerarquía entre ellas, ya que eran, esencial y lógicamente, contradictorias. Sin embargo, hasta la promulgación del Código Civil, no se pudo configurar ningun sistema de fuentes aunque fuera en sus fundamentos teóricos, por lo que el único orden atendible, entre otras cosas porque estaba vigente la norma que lo contenía, era también medieval: me estoy refiriendo al orden contenido en el Ordenamiento de las Cortes de Alcalá de 1348. Ahora bien, las disposiciones contenidas en él habían pretendido en su momento servir para la ordenación no de normas, sino de jurisdicciones[55], por lo cual devino por completo inservible en un mundo en el que se entendió que el Estado monopolizaba la producción normativa. No obstante su incapacidad, los comentarios al ordenamiento fueron la única reflexión sobre la jerarquía normativa que nos podemos encontrar hasta 1889.

La jurisprudencia de los tribunales nos demuestra que esta problemática no es invención del historiador, sino realidad a lo largo del Ochocientos. El Tribunal Supremo se hartó de recordar no sólo que la norma posterior deroga la anterior, sino que un Real Decreto o una Real Orden no podía derogar una ley, ni un artículo constitucional, lo que nos demuestra que resultaba ser práctica habitual hacer precisamente lo contrario[56]. El orden normativo decimonónico no puede comprenderse atendiendo a una tipología, ya que ésta significó bien poco; por ello, creo conveniente proponer una calificación más adecuada: dicho orden debe considerarse indeterminado en sus confines y absolutamente plano en su configuración.

Completaré esta imagen dando cuenta de otra problemática que no es sólo formal, sino sustantiva a nuestros efectos: la de la publicación de las normas.

[54] M. LORENTE, *La voz del Estado*, cit.

[55] J.VALLEJO, *Leyes y jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá*, en F. WALTMAN - P. MARTÍNEZ DE LA VEGA MANSILLA (edd), *Textos y concordancias del Ordenamiento de Alcalá*, Madison 1994, pp. 1-19.

[56] Vid. *supra*, nota 37.

También hasta 1889 no se formuló como principio el requisito de su necesidad, ya que durante todo el siglo convivieron la transmisión jerárquica de las diferentes disposiciones con su publicación provincial. Dadas estas condiciones, el mero acceso a los textos resultó poco menos que imposible; consecuentemente, no es de extrañar que fuera una práctica común la de la prueba en juicio no de los hechos, sino del texto de la norma y de su fecha de publicación provincial[57].

Dado el panorama, y quizás exagerando un poco, la actuación normativa de Parlamentos y Gobiernos debe entenderse interventora más que creadora de un orden normativo, a lo que hay que añadir que las diferentes intervenciones no consiguieron establecer una ordenación jerárquica del mismo. Un dato muy significativo avala esta afirmación: hasta 1855 se mantuvo, de diferentes maneras, la prohibición de motivar sentencias y, a partir de esa fecha, nos encontramos con una casación sin código, la civil, y un código sin casación, el penal[58]. A todo ello debemos añadir que la única jurisprudencia reconocida, la procedente del Tribunal Supremo, nos demuestra que por orden jurídico no debemos entender ni siquiera ese proteico orden normativo al que vengo haciendo referencia, sino algo más: de 1837 a 1889 el Tribunal Supremo justificó sus decisiones basándose no sólo en normas de todo tipo y cronología – bíblicas incluídas –, sino también en costumbres y en opiniones doctrinales antiguas y contemporáneas tanto «civiles» como por supuesto canónicas[59].

De todo ello podría deducirse que la incerteza que afirmo caracterizó la vida jurídica del XIX español se prodigó fundamentalmente en el campo de las relaciones entre privados, los cuales estuvieron a su vez privados del texto codificado; sin embargo, si hay un terreno gestionado por la incerteza este es el de la Administración. La vertiginosa sucesión de disposiciones de todo tipo, no publicadas sino enviadas personalmente, su deficientísima recopilación, y, finalmente, su intercambiabilidad tipológica, obligaron a la propia Administración a desarrollar una complicadísima casuística destinada a determinar la vigencia de sus propias decisiones, desarrollando también

[57] M. LORENTE, *La voz del Estado*, cit.

[58] C. GARRIGA - M. LORENTE, *El juez y la ley: la motivación de sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)*, in «Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid», 1, 1997, pp. 97-142.

[59] F. MARTÍNEZ - R. LÓPEZ, *Los magistrados del Tribunal Supremo: 1838-1848: una aproximación prosopográfica a la 'Justicia moderadá'*, en «Jueces para la democracia», 15, 1992, 1, pp. 32-46.

técnicas muy sofisticadas, como, por ejemplo, la generalización de soluciones dadas a diferentes expedientes concretos mediante el recurso de su publicación[60].

Claro está que este panorama se fue alterando poco a poco, pero su naturaleza no cambió sustancialmente a lo largo de todo el siglo. De poco sirve hablar de la pugna entre Constitución y ley ordinaria y, por tanto, entre poder constituyente y constituido, si comprendemos el Ochocientos como el paraíso de la discusiones historicistas y de los reglamentos independientes. La cultura jurídica decimonónica española no fue, sin duda, constitucional, pero tampoco fue legal ni mucho menos científica[61], pudiéndose calificar como una suerte de epigonal jurisprudencia del *ius commune* transida por un siempre creciente aliento administrativista, que tendió a ver ese especial orden jurídico como orden vigente en virtud de su mera aceptación por los diferentes Gobiernos. En este marco, y con esto volvemos al principio de esta segunda parte de mi exposición, el concepto formal de ley no sólo no cabía, sino que no se necesitaba: los juristas no hicieron sino intentar rellenar el vacío dejado por un parlamentarismo que no llegó a asumir la creación normativa como la más importante de sus funciones.

4. Una presentación como la que acabo de hacer funge como foto fija, pero impide ver los elementos de cambio que permitieron, en cierta medida, llegar a la solución republicana de 1931, al mismo tiempo que quizás minimice en extremo la actuación de los Parlamentos. Pero, exageraciones aparte, no me cabe la menor duda de que en España el principal artífice del cambio de paradigma que supuso la sustitución de una comprensión jurisprudencial por otra legal del orden jurídico fue la Administración, y no el Parlamento. Este, sin duda, cumplió un importante papel, siempre que sea entendido más como espacio que permitió la discusión política que como órgano creador normas, constitucionales o legales.

Resta añadir una última reflexión para completar esta síntesis valorativa, ya no parece que quepa en ella la correspondiente al primer constitucionalismo, el radical doceañista, el cual, sin embargo, determinó tanto positiva como negativamente el arranque de la constitución de España entendida

60 M. LORENTE, *La voz del Estado*, cit.

61 B. CLAVERO, *La gran dificultad. Frustración de una Ciencia del Derecho en la España del siglo XIX*, in «Ius Commune», XII, 1984, pp. 91-115; «Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de derecho», in «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 21, 1992, pp. 37-89.

como Estado nacional. ¿Con qué términos podemos explicar el momento gaditano? O, dicho de otra forma, ¿qué ocurrió en ese tiempo en el que resulta por completo imposible hablar de Administración protagonista del cambio de paradigma, sino, en todo caso, de administradores?

Creo no equivocarme si afirmo que el dato de su inexistencia explica en gran medida la concepción que la primera norma doceañista tuvo de sí misma, y el interesantísimo procedimiento de defensa de la Constitución que se ensayó hasta la saciedad en todos y cada uno de los momentos en los que estuvo vigente. El particularismo de este procedimiento no se agota aquí, ya que hay que recordar que la Constitución de 1812 fue una Constitución dada no para España, sino para las Españas[62], en definitiva, para la Nación católica que así pretendió sustituir a la Monarquía que portaba tal adjetivo[63]. Pero independientemente del tipo de sujeto colectivo que protagonizó el primer momento constituyente, lo cierto es que la Constitución gaditana pudo imaginar un mecanismo y amparar una práctica porque desconoció la idea de Administración como aparato jerarquizado[64].

El llamado procedimiento por infracciones a la Constitución preveía que cualquier español, esto es, no necesariamente ciudadano, pudiera acudir a las Cortes denunciando una infracción de Constitución cometida por una autoridad pública. Las Cortes estaban obligadas a tomar en cuenta estas representaciones y así lo hicieron, creando en su seno una comisión que, una vez examinado el caso, proponía al pleno una solución: si a quél encontraba pruebas de inconstitucionalidad en la actuación de la autoridad, la declaración

[62] Las cuales, a su vez, desarrollarían muchas concepciones e instituciones gaditanas después de la Independencia. En este exacto sentido, el procedimiento por infracciones se recogió en numerosas Constituciones hispanoamericanas como, por ejemplo, en la mayoría de las estatales promulgadas durante el periodo de vigencia del primer constitucionalismo federal mexicano, M. LORENTE, *Las resistencias a la ley*, cit.

[63] Aun cuando la «idea de Nación» en el momento gaditano ha sido y está siendo muy estudiada por casi todos los historiadores del periodo, la referencia a la «nación católica» que consigno en el texto proviene, en exclusiva, de la fecunda línea de investigación que ha venido desarrollando J.M. Portillo. Entre sus trabajos, cabe citar los siguientes: *La Nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, 1998, esta publicación es resumen de trabajos anteriores: *La Historia del primer constitucionalismo español: proyecto de investigación*, in «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 24, 1995, *y Los Límites de la Monarquía. Catecismo de Estado y Constitución Política de España a finales del siglo XVIII*, in «QF», 26, 1997. Y, sobre todo, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid 2000.

[64] C. GARRIGA - M. LORENTE, *Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión*, en *Constitución de España: Orígenes y destinos*, Madrid 1998, pp. 215-272.

de las Cortes implicaba la anulación del acto considerado inconstitucional y la destitución automática de la autoridad, que se veia obligada a acudir a la jurisdicción ordinaria para depurar su responsabilidad[65].

Todo el sistema constitucional gaditano puede leerse desde el procedimiento por infracciones a la Constitución, ya que su mera existencia convirtió a españoles y autoridades públicas en interpretes de la Constitución, dado que ninguna de estas últimas podía excusar su actuación amparándose en el cumplimiento de órdenes procedentes del superior[66]. La responsabilidad personal, asegurada no sólo con el cargo, sino con los bienes de las diferentes autoridades, tuvo como referente el texto constitucional, obligándo no sólo a su aplicación, sino a decidir qué había sido derogado por la Constitución: así pues, todos, españoles y autoridades, y no sólo las Cortes, se convirtieron en potenciales intérpretes y garantes de la Constitución.

Pero, como se podrá comprender, este particular sistema de control de los hombres que respondía o, mejor, que adecuaba una antigua concepción de la responsabilidad de naturaleza estrictamente personal e individualizada a tiempos constitucionales[67], no podía mantenerse en un mundo en el que se apostó, a partir de la década de los treinta, por desarrollar el sujeto Administración, apuesta por lo demás común a todos los modelos constitucionales que fueron sucediendo al gaditano hasta llegar a la actualidad[68].

[65] F. Martínez, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid 1999.

[66] Así, por ejemplo, lo entendió la Diputación Provincial de Murcia en el Trienio, que se negó a celebrar unas elecciones por estar convocadas sin atenerse a la división de partido mediante una orden de 17 de Noviembre de 1821. Archivo del Congreso de los Diputados (ACD), *Serie General* (*SG*), leg. 44, exp. 3. O el Ayuntamiento de Puerto Príncipe, que se negó a cumplir una orden por entenderla «... como opuesto en todo su contenido a la senda sencilla señalada por la Constitución ...». El Ayuntamiento se negó a dar posesión a unos jueces interinos, ya que entendió que el nombramiento de los magistrados era un atributo de la autoridad real y que el Ejecutivo no podía derogar leyes. ACD, *SG*, leg. 40, exp. 42.

[67] C. Garriga, *Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la 'visita' del Ordenamiento de Toledo (1480)*, en «AHDE», 60, 1990, pp. 215-390; B. González Alonso, *Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos XIII-XVIII)*, in «Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid», 4, 2000, pp. 249-271. Sobre la «adaptación» gaditana, C. Garriga - M. Lorente, *El modelo constitucional gaditano*, en A. Romano (ed), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del '700 e la prima metà dell'800*, Milano 1998, pp. 587-613.

[68] C. Garriga - M. Lorente, *Responsabilidad de los empleados públicos*, cit., *passim*.

Cierto es que el constitucionalismo democrático levantó la prohibición, consignada en 1845 y constitucionalizada de nuevo en 1876[69], de acusar a los agentes del poder directamente ante los tribunales, pero esa medida no logró «recuperar» el control de constitucionalidad de los actos de los empleados públicos, como bien lo demuestra la exigua capacitación otorgada en la propia Constitución a los jueces para la inaplicación de los reglamentos ilegales[70].

Como ya afirmé, el constitucionalismo democrático se encontró, y asumió, una Administración ya constituída. En 1869 se había olvidado el «control de los hombres», sustituyendo esa tarea por el diseño de mecanismos destinados a lograr, por este orden, el control de legalidad de la normativa de origen gubernativo y, posteriormente – ya en el primer periodo republicano – el control de constitucionalidad de las leyes. Ambas cuestiones sólo se solucionarían, no sin dificultad, a lo largo de la II República española, que asumió no obstante un antiguo recuerdo del «control de los hombres» al constituir una jurisdicción constitucional mixta en virtud de la asimilación del amparo mexicano[71], la cual se constituyó en precedente

[69] Art. 77 de la Constitución de 1876: «Una ley especial determinará los casos en que haya de exigirse autorización previa para procesar, ante los Tribunales ordinarios, a las autoridades y sus agentes».

[70] Repárese en el contraste ya que, en que en el primer periodo constitucional, la existencia de normativa gubernamental ilegal se hubiera entendido como infracción de la separación de poderes y, por tanto, susceptible de ser causa de petición de responsabilidad – personal y penal – del autor/autores de dicha normativa, y de todos aquellos que hubieran intentado hacerlo efectivo. El descrito se corresponde exactamente con el denominado «caso Cano Manuel», Secretario de Gracia y Justicia, a quien se abrió causa por haber infringido mediante orden un Decreto de las Cortes de 10 de Noviembre de 1810 y el artículo 371 de la Constitución. ACD, *SG*, leg. 13, exp. 128. La causa contra el antiguo Secretario continuó en 1820, tras el restablecimiento de la Constitución, ACD, *Papeles Reservados de Fernando VII*, 35, ff. 146-183.

[71] En la discusión del famosísimo artículo 102 de la Constitución mexicana de 1857 se pueden advertir las raíces antiguas del amparo en su conexión con el «control de hombres». Criticando el proyecto, un diputado, el Sr. Ramírez, afirmó: «... las quejas deben siempre dirigirse contra el ejecutor de las leyes o el funcionario que falte a sus deberes, este es el verdadero camino para hacer efectiva la responsabilidad». No sólo a Ramírez le disgustaba el artículo; al Sr. Aranda le preocupó el que una vez dispensado el cumplimiento de una ley o de una orden inconstitucional, se entendiera que ésta era toda la reparación posible «... sin poder hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios» (I. MONTIEL Y DUARTE, *Derecho público mexicano*, México, 1882, IV, pp. 839-846). Con el amparo se rompía una tradición, que aunque no hubiera sido muy efectiva, parecía estar en la mente de los constituyentes: la inescindible vinculación del acto a la persona de la autoridad y, consecuentemente, la comprensión de las garantías del sujeto dañado en sus

que determinaría con posterioridad el diseño de nuestra actual jurisdicción constitucional. Pero, sin duda, la historia del amparo y de las dificultades de su integración y gestión en el marco de la jurisdicción constitucional concentrada[72] constituye un capítulo de una historia diferente a la que he pretendido contar hasta aquí.

derechos, o de las de la autoridad molestada por otra en el ejercicio de sus atribuciones, como consecuencia de un juicio de responsabilidad del «empleado público» previamente considerado infractor. Sobre los precedentes hispánicos del amparo, de cita obligada: A. LIRA, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México 1972. En distinto sentido, pueden también consultarse los trabajos de J. Barragán Barragán, quien insiste en el procedimiento por infracciones gaditano como precedente del amparo: J. BARRAGÁN, *El Juicio de amparo mexicano y el recurso de contrafuero*, Valencia 1976 y, más cercanamente, *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo (1812-1861)*, 1era. ed. 1era. reimp., México 1987.

[72] Vid. P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid 1999, pp. 487-511 (que incluyen los estudios, «Justicia constitucional y jurisdicción constitucional» y «Sobre el amparo»).

Zwischen Vision und Revision

Parlament und Verfassung im Kurfürstentum Hessen 1831-1866

von *Ewald Grothe*

Der Parlamentarismus hat es in Deutschland nicht leicht gehabt. Dies galt bereits für die Anfänge des modernen parlamentarischen Systems im frühen 19. Jahrhundert – es bewahrheitete sich erst recht im 20. Jahrhundert. Ein ausgeprägter Überhang altständischer Traditionen und ein spürbarer Widerstand von überwiegend konservativen Regierungen und Bürokratien auf Einzel- wie Bundesstaatsebene ließen die parlamentarischen Kräfte oft kämpferisch, bisweilen erfolgreich, gelegentlich verkrampft und nicht selten desillusioniert agieren. Solche Phasen kannte folglich auch der Parlamentarismus des Kurfürstentums Hessen.

Die Geschichte der parlamentarischen Institution und ihrer Akteure im Kurfürstentum Hessen, einem der Mittelstaaten des Deutschen Bundes, bewegte sich zwischen Vision und Revision ebenso wie zwischen Wunsch und Wirklichkeit[1]. Beide Begriffspaare spiegeln zum einen diachron ver-

Für Ihre kritischen Bemerkungen danke ich meinen Freunden Matthias Schönwald und Ulrich Sieg.

[1] Eine Geschichte des Parlamentarismus im Kurfürstentum Hessen ist – wie für alle deutschen Mittelstaaten im 19. Jahrhundert mit Ausnahme Württembergs – ein Desiderat. Wichtigste Quellengrundlage sind neben den zeitgenössisch gedruckten Sitzungsprotokollen die in den letzten 15 Jahren vom Hessischen Landtag angeregten und geförderten Editionen: W. SPEITKAMP - H. SEIER (Bearb.), *Akten zur Entstehung und Bedeutung des kurhessischen Verfassungsentwurfs von 1815/16*, hrsg. und eingel. von H. SEIER (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 48/1. Vorgeschichte und Geschichte des Parlamentarismus in Hessen, 2), Marburg 1985; E. GROTHE - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Briefe aus den Anfängen der kurhessischen Verfassungszeit 1830-1837*, hrsg. und eingel. von H. SEIER (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 48/4. Vorgeschichte und Geschichte des Parlamentarismus in Hessen, 8), Marburg 1992; B. WEBER - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Eingaben aus dem kurhessischen Vormärz 1837-1848*, hrsg. und eingel. von H. SEIER (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 48/6. Vorgeschichte und Geschichte des Parlamentarismus in Hessen, 15), Marburg 1996; U. VON NATHUSIUS - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Dokumente zur kurhessischen Parlaments- und Verfassungsgeschichte 1848-1866*, hrsg. und eingel. von H. SEIER (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 48/2. Vorgeschichte und Geschichte des Parlamentarismus in Hessen, 4), Marburg 1987. Verfassungs- und parlamentsgeschichtlich ausgerichtete neuere Studien stammen von W. SPEITKAMP, *Restauration*

schiedene Entwicklungsphasen des Verhältnisses von Parlament und Verfassung wider. War die Einrichtung eines Landtags zunächst Wunsch und Vision der kurhessischen Verfassungsbewegung vor 1830, so hatte man sich in der parlamentarischen Wirklichkeit nach Einrichtung des konstitutionellen Landtags 1831 recht bald gegen Revisionsversuche von Regierungsseite zu erwehren. Zum anderen bezeichnen die beiden Begriffspaare auch synchron nachweisbare Bestrebungen und Perspektiven der verschiedenen parlamentarischen Interessengruppen im kurhessischen Landtag des Vor- und Nachmärz. Wünschten doch die Liberalen (und Demokraten) in der Kasseler Ständeversammlung einen Verfassungsausbau, teilweise mit der Vision, ein vollparlamentarisches System zu installieren, während die gouvernementale Seite bereits kurz nach Inkrafttreten der Verfassung deren Revision auf die Tagesordnung setzte, welche die Regierung nach 1850 in die Wirklichkeit umzusetzen vermochte. Nachfolgend soll die Dynamik dieses Prozesses sichtbar gemacht und in den Jahren zwischen 1831 und 1866, d.h. zwischen dem Inkrafttreten der Verfassung und ihrer Suspendierung durch die preußische Annexion, beispielhaft nachgezeichnet werden.

Im Mittelpunkt der Ausführungen steht die verfassungsmäßige Rolle des Parlaments. Sie wird im ersten Teil untersucht im Zusammenhang mit den Normen der Verfassung selbst. Wie wirkte die Konstituante bei der Entstehung der kurhessischen Verfassung von 1831 mit und welche Rechte kamen ihr zu? Es ist in einem zweiten Kapitel zu fragen nach der Umsetzung der Rechtsnormen in der Verfassungswirklichkeit und dem Anteil der Ständeversammlung daran. Welche organischen Gesetze wurden in der 1831er Verfassung angekündigt, und wie sah es mit deren Verwirklichung aus?

Ist in den ersten beiden Teilen die Rede von der Mitwirkung der Ständeversammlung an Verfassungsgebung und Verfassungsausbau, so wird in

als Transformation. Untersuchungen zur kurhessischen Verfassungsgeschichte 1813-1830 (Quellen und Forschungen zur hessischen Geschichte, 67), Darmstadt - Marburg 1986; E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt. Das Kurfürstentum Hessen in der ersten Ära Hassenpflug 1830-1837* (Schriften zur Verfassungsgeschichte, 48), Berlin 1996, sowie U. VON NATHUSIUS, *Kurfürst, Regierung und Landtag im Dauerkonflikt. Studien zur Verfassungsgeschichte Kurhessens in der Reaktionszeit (1850-1859)*, (Hessische Forschungen zur geschichtlichen Landes- und Volkskunde, 28) Kassel 1996. Als zusammenfassende Untersuchung auf dem neuesten Forschungsstand ist zu nennen: H. SEIER, *Das Kurfürstentum Hessen 1803-1866*, in W. HEINEMEYER (ed), *Handbuch der hessischen Geschichte*, Bd. 4: *Hessen im Deutschen Bund und im neuen Deutschen Reich (1806) 1815 bis 1945*; Tlbd. 2: *Die hessischen Staaten bis 1945* (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 63), Marburg 1998, S. 1-183.

den nachfolgenden Partien nach der Stabilität der Verfassung selbst gefragt und der Rolle des Parlaments beim Schutz der Konstitution. Dabei stehen Fragen der Abänderbarkeit der Verfassung, ihrer normativen Geltungskraft und ihres eventuellen Vorrangs gegenüber einfachen Gesetzen sowie Ministeranklagen und Verfassungsgarantien im Blickpunkt. In einem dritten Abschnitt wird geprüft, welche Vorkehrungen die Festigkeit der Verfassung garantieren sollten und wie starr oder wie flexibel die konstitutionellen Normen waren. Welchen Gefährdungen von Seiten der Exekutive sahen sich die Verfassungen ausgesetzt, und wie reagierten die Parlamente darauf? Gab es einen Hüter der Verfassung, und war er im Landesherrn, in einem obersten Gericht oder etwa im Landtag zu suchen? Viertens wird untersucht, welchen Revisionen die kurhessische Verfassung unterworfen war. Unter welchen Bedingungen und mit welchen Folgen wurde die Verfassung des Jahres 1831 seit 1848 modifiziert, suspendiert und am Ende restauriert?

In chronologischer Reihenfolge werden die Phasen des Vormärz, der Revolution sowie der Reaktionsperiode behandelt. Zu allen Zeiten machte die Mischung von visionären Wünschen mit revisionistischen Bestrebungen ein Grundmotiv des kurhessischen Parlamentarismus aus. Die Wechselfälle des Verhältnisses von Parlament und Verfassung begründen vor allem die Bedeutung Kurhessens als Beispiel- und Sonderfall der deutschen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert[2].

I.

Das Kurfürstentum Hessen war in der Geschichte von Konstitutionalismus und Parlamentarismus im deutschen Vergleich ein Spätstarter. Zwar wurde auf dem Territorium und in der Hauptstadt des später restituierten Kurstaates mit der Konstitution des Königreichs Westphalen 1807 die erste schriftliche Verfassungsurkunde auf deutschem Boden in Kraft gesetzt. Und bereits 1815/16 traten unter bundespolitischen Maßgaben die alten hessen-kasselschen Landstände, erweitert um eine Kurie der

[2] Diese These zuletzt bei E. GROTHE, *Konstitutionalismus in der Dauerkrise. Die Verfassungsgeschichte des Kurfürstentums Hessen*, in B. HEIDENREICH - K. BÖHME (edd), *Hessen. Verfassung und Politik* (Schriften zur politischen Landeskunde Hessens, 4), Stuttgart - Berlin - Köln 1997, S. 108-125, hier S. 108, besonders S. 123. In diesem Sinne auch die knappe Skizzierung des Konstitutionalismus in Kurhessen bei E. FEHRENBACH, *Verfassungsstaat und Nationsbildung 1815-1871* (Enzyklopädie deutscher Geschichte, 22), München 1992, S. 13, 15 f.

Bauern, zusammen. Doch trotz 18monatiger Diskussion über verschiedene Verfassungsentwürfe scheiterte das Projekt letztlich am Widerstand des starrköpfigen Kurfürsten. Ohne finanzpolitischen Druck und mit geringem integrationspolitischen Bedarf sah sich Wilhelm I.[3] nicht genötigt, jenen Schritt zu tun, den die süddeutschen Monarchen, unter ihnen auch seine hessischen Verwandten in Darmstadt, als notwendig erachteten: den Erlaß einer landständischen Verfassung[4].

So blieb das Land bis 1830 verfassungslos, verharrte im Zustand eines bürokratischen Spätabsolutismus. Ohne Landtag und fast ohne Presse war es durch Mißwirtschaft und Mätressengeschichten skandalumwittert. Die Ausläufer der französischen Julirevolution zusammen mit politischen, wirtschaftlichen und sozialen Problemen vor Ort führten im September 1830 zu massiven Protesten von Mittel- und Unterschichten, die Kurfürst Wilhelm II.[5] zum Einlenken veranlaßten. Innerhalb weniger Tage versprach er eine Verfassung und berief einen konstituierenden Landtag. Nach nur zweieinhalbmonatigen Verhandlungen zwischen Landesherrn, Staatsministerium und Ständeversammlung wurde am 5. Januar 1831 die Kurhessische Verfassungsurkunde unterzeichnet[6].

Bei dem Grundgesetz handelte es sich faktisch um eine vereinbarte Verfassung[7]. Die Formulierung der Präambel lautet verkürzt: «Nachdem

[3] Wilhelm I. von Hessen (1743-1821): 1785 als Wilhelm IX. Landgraf von Hessen; 1803 Kurfürst; 1806-1813 im Exil. Ältere, zur Apologetik neigende Biographie: Ph. LOSCH, *Kurfürst Wilhelm I. Landgraf von Hessen. Ein Fürstenbild aus der Zopfzeit*, Marburg 1923.

[4] W. SPEITKAMP, *Restauration als Transformation*; W. SPEITKAMP - H. SEIER (Bearb.), *Akten zur Entstehung*.

[5] Wilhelm II. von Hessen (1777-1847): 1821 Kurfürst; 1831 Mitregent neben seinem Sohn Friedrich Wilhelm. Ph. LOSCH, *Wilhelm II., Kurfürst von Hessen (1777-1847)*, in I. SCHNACK (ed), *Lebensbilder aus Kurhessen und Waldeck 1830-1930*, Bd. 2 (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 20/2), Marburg 1940, S. 415-422.

[6] Die Vorgänge sind zuletzt behandelt bei: E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 25-115. Wichtig zudem: H. SEIER, *Zur Entstehung und Bedeutung der kurhessischen Verfassung von 1831*, in W. HEINEMEYER (ed), *Der Verfassungsstaat als Bürge des Rechtsfriedens. Reden im hessischen Landtag zur 150-Jahr-Feier der kurhessischen Verfassung* (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 48/2. Vorgeschichte und Geschichte des Parlamentarismus in Hessen, 46/1), Marburg 1982, S. 5-71.

[7] Unabhängig von der Formulierung des Textes und den tatsächlichen Vorgängen bei der Entstehung beruhte die förmliche Geltung der Verfassungsurkunden stets auf deren Inkraftsetzung durch den Monarchen. D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-*

Wir ... mit den getreuen Ständen ... über ein Staatsgrundgesetz haben Beratung pflegen lassen, erteilen wir nunmehr in vollem Einverständnis mit den Ständen ... die gegenwärtige Verfassungsurkunde»[8]. Wieweit der Einfluß des konstituierenden Landtags bei der Ausarbeitung tatsächlich ging, zeigt allein ein oberflächlicher Vergleich der ursprünglichen landesherrlichen Vorlage mit der endgültigen Verfassung. Der Umfang hatte sich nahezu verdreifacht, Staatsbürgerrechte waren hinzugefügt und die parlamentarischen Befugnisse erheblich erweitert worden (Wegfall der Kurien, kürzere Periodizität, permanenter landständischer Ausschuß)[9].

Überhaupt kam es seit Ende November 1830 zu einer pragmatischen Verständigung zwischen aufgeklärt-bürokratischen Ministern, wie dem Justizressortleiter Ferdinand Schenk zu Schweinsberg[10], und den liberalen, oft kommunalpolitisch erfahrenen und akademisch gebildeten Abgeordneten[11], wie dem Kasseler Bürgermeister Karl Schomburg[12],

1866. Vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes (Neue Historische Bibliothek), Frankfurt a.M. 1988, S. 111. Dieser Umstand relativiert die rein technische Differenzierung zwischen oktroyierten und vereinbarten Verfassungen. Vgl. auch C.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zum Problem der Normenhierarchie in den deutschen Staatsordnungen im frühen und mittleren 19. Jahrhundert (1818-1866)*, (Schriften zur Verfassungsgeschichte, 62) Berlin 2000, S. 45 f.

8 Neueste Edition: E.G. FRANZ - K. MURK (edd), *Verfassungen in Hessen 1807-1946. Verfassungstexte der Staaten des 19. Jahrhunderts, des Volksstaats und des heutigen Bundeslandes Hessen* (Arbeiten der Hessischen Historischen Kommission, NF 13), Darmstadt 1998, Dok. 22, S. 235-263, hier S. 235.

9 Druck der ältesten Fassung der sogenannten landesherrlichen Proposition vom 4./5.10.1830 in E. GROTHE - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Briefe aus den Anfängen der kurhessischen Verfassungszeit 1830-1837*, Nr. 14, S. 27-37. Die dem Landtag vorgelegte Fassung stammte vom 7.10.1830 und findet sich u.a. bei K.H.L. PÖLITZ (ed), *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf unsere Zeit*, Bd. 1, Leipzig 1832², S. 607-613.

10 Ferdinand Frhr. Schenck zu Schweinsberg (1765-1842): 1814 Präsident des Oberappellationsgerichts in Kassel; 1815/16 zugleich Mitglied der Verfassungskommission; 1821 Regierungspräsident in Marburg; 1830/31 kurhessischer Justizminister und Vorstand des Gesamtstaatsministeriums. K. SCHENCK ZU SCHWEINSBERG, *Im Dienste glanzloser Kronen. Aus dem Leben des kurhessischen Staatsministers Ferdinand Schenck zu Schweinsberg (1765-1842)*, (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 46/6) Marburg 2001.

11 E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 105.

12 Karl Schomburg (1791-1841): 1822 Bürgermeister von Kassel; 1835 Oberbürgermeister von Kassel; 1830-1841 Mitglied der kurhessischen Ständeversammlung; 1833-1838 deren Präsident. E. WEBER, *Karl Schomburg. Kassels erster Oberbürgermeister. Vorkämpfer für Bürgerfreiheit und kommunale Selbstverwaltung*, Kassel 1982.

seinem Hanauer Amtskollegen Bernhard Eberhard[13], dem Kasseler Richter Burkhard Wilhelm Pfeiffer[14] oder dem Marburger Jura-Professor Sylvester Jordan[15]. Differenzen brachen eher schon zwischen den Kurien des konstituierenden Landtags auf, wobei die Interessen von Adelsbank und Städtevertretern am weitesten auseinanderlagen[16]. Landtagskommissar Carl Eggena[17], einem gewieften Taktiker und zähen Verhandlungspartner, gelang es im Sinne seines Landesherrn, die ursprünglichen Forderungen der liberalen Deputierten zu mäßigen, so bei den in den Folgejahren heiklen Punkten, wie der Landtagszulassung von Staatsdienern und den rechtlichen Konsequenzen einer erfolgreichen Ministeranklage[18].

Die Verfassungsurkunde für das Kurfürstentum Hessen vom Januar 1831 stellte letztendlich einen Kompromiß aller Beteiligten dar[19]. Sie entsprach im wesentlichen dem monarchisch-konstitutionellen Modell der süddeutschen Verfassungen. Allerdings spitzte sie manches in Konstruktion und Kombination zu und griff damit über zeitübliche Maßstäbe hinaus. Dies galt vor allem für das parlamentarische Gesetzesinitiativrecht, die

[13] Bernhard Eberhard (1795-1860): 1822 Obergerichtsanwalt und Staatsanwalt in Hanau; 1829 Bürgermeister von Hanau; 1835 Oberbürgermeister von Hanau; 1848-1850 Innenminister; 1830-1850 Mitglied der kurhessischen Ständeversammlung.

[14] Burkhard Wilhelm Pfeiffer (1777-1852): 1817-1820 und 1821-1843 Oberappellation sgerichtsrat in Kassel; 1830-1832 Mitglied der kurhessischen Ständeversammlung; 1832/33 Vorstand des bleibenden landständischen Ausschusses. J. NOLTE, *Burchard Wilhelm Pfeiffer. Gedanken zur Reform des Zivilrechts. Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Zivilgesetzgebung* (Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte, 1), Göttingen 1969.

[15] Sylvester Jordan (1792-1861): 1822 Professor der Rechte in Marburg; 1830 Vorsitzender des Verfassungsausschusses; 1830-1833 und 1848 Mitglied der kurhessischen Ständeversammlung; 1839 Enthebung von der Professur und Inhaftierung wegen angeblichen Hochverrats; 1845 Freispruch, 1848-1850 kurhessischer Bundestagsgesandter; 1848/49 Mitglied der Frankfurter Nationalversammlung (Württemberger Hof, Landsberg); 1850 Mitglied des Erfurter Parlaments. G. KLEINKNECHT, *Sylvester Jordan (1792-1861). Ein deutscher Liberaler im Vormärz* (Marburger Stadtschriften zur Geschichte und Kultur, 8), Marburg 1983.

[16] So vor allem beim Konflikt über das Wahlsystem kurz vor Weihnachten 1830. E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 93 ff.

[17] Carl Eggena (1789-1840): 1821 Generalsekretär im Staatsministerium in Kassel; 1830/31 Referent im Staatsministerium; 1830 Landtagskommissar; 1832 kurhessischer Innenminister; 1832 Regierungsdirektor in Fulda.

[18] E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 91 (§ 100 Ministeranklage), S. 98 (§ 95 II Notverordnungsrecht), 229 (§ 71 Landtagszulassung).

[19] Eine Kurzeinschätzung: *ibidem*, S. 108-113.

Verpflichtung des Landtags zur Ministeranklage und den fünffach verankerten Verfassungseid. Ungewöhnlich war auch, daß die Kasseler Ständeversammlung, ganz anders als ihre süddeutschen Vorläufer, nur aus einer einzigen Kammer bestand[20]. Das Urteil von Karl Marx aus dem Jahr 1859, es handele sich um «das liberalste Grundgesetz ..., das je in Europa verkündet wurde»[21], stimmte zwar bereits zu seiner Zeit nicht, zeigte aber doch eine hervorgehobene Stellung der Verfassung zumindest im deutschen Vergleichsrahmen. Jedenfalls meldete der bayerische Gesandte 1831 an seinen heimatlichen Hof, die kurhessische Verfassung sei «den südteutschen nachgeahmt, nur noch um vieles liberaler»[22]. Diesem Urteil hat sich schließlich auch die Historiographie im 20. Jahrhundert ausnahmslos angeschlossen[23].

II.

Doch nicht nur in der Gesamteinschätzung zeigte sich das kurhessische Grundgesetz als ausgesprochen fortschrittlich. Gerade auch im deutschen Vergleich bemerkenswert sind die Bemühungen der Kasseler Verfassungsväter, mit der Urkunde eine Art fortgesetzten legislativen Konstitutionalisierungsprozeß in Gang zu setzen[24]. Es ging um den Ausbau

[20] Ein umfassender systematischer Vergleich verschiedener Vormärzverfassungen steht noch aus. Ansätze bei J.-D. KÜHNE, *Volksvertretungen im monarchischen Konstitutionalismus (1814-1918)*, in H.P. SCHNEIDER - W. ZEH (edd), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland. Ein Handbuch*, Berlin - New York 1989, S. 49-101. Als Faktenbasis unersetzlich: P.M. EHRLE, *Volksvertretung im Vormärz. Studien zur Zusammensetzung, Wahl und Funktion der deutschen Landtage im Spannungsfeld zwischen monarchischem Prinzip und ständischer Repräsentation*, 2 Tle. (Europäische Hochschulschriften, 3/127), Frankfurt a.M. - Bern - Cirencester 1979.

[21] K. MARX, *Unruhe in Deutschland*, in K. MARX - F. ENGELS, *Werke*, Bd. 13, Berlin 1961, S. 535-539, hier S. 536; der Artikel erschien zuerst in der «New York Daily Tribune», 1859.

[22] Maximilian Frhr. von Lerchenfeld, 11.1.1831, zitiert nach E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 108, Anm. 372. Weitere zeitgenössische Urteile *ibidem*, S. 113 ff.

[23] Zum «Kaleidoskop der Superlative» im Urteil über die 1831er Verfassung: *ibidem*, S. 108, Anm. 372.

[24] Eine Untersuchung zur kurhessischen Gesetzgebung im Konstitutionalismus fehlt. Für die Zeit von 1831 bis 1837: *ibidem*, S. 425-483. Für die Phase 1850-1859: U. VON NATHUSIUS, *Kurfürst, Regierung und Landtag im Dauerkonflikt*, S. 514-527. Generell als Überblick, aber ohne Berücksichtigung Kurhessens: R. GRAWERT, *Gesetzgebung im Wirkungszusammenhang*

des Konstitutionalismus und seine rechtliche Absicherung mittels sogenannter Gesetzesvorbehalte[25]. Augenfällig wird dies mit Blick auf die in der Verfassungsurkunde selbst erwähnten bzw. direkt angekündigten Gesetzesvorhaben. Rechtserzeugung mittels Gesetzgebung wurde zum Verfassungsauftrag. Diese angekündigten, sogenannten organischen Gesetze[26] erweisen die Kasseler Urkunde als ein eher programmatisches denn als präskriptives Gebilde mit deutlich zukunftsweisender Tendenz. Im weitesten Sinne des Begriffs – d.h. unter Hinzunahme der nur erwähnten, weil bereits in Diskussion befindlichen Gesetze – finden sich insgesamt 26 organische Gesetze in der Verfassung von 1831. Sechs von ihnen wurden noch vom konstituierenden Landtag verabschiedet und erschienen bereits im Februar/März 1831. Ihnen kam, modern gesprochen, materieller Verfassungsrang zu. Sie hatten großenteils verfassungserläuternden Charakter und bildeten die Grundlage für institutionelle Reformen. Zu ihnen zählten vor allem die Gesetze über den Staats- und den Hausschatz, über die Wahlen und die Geschäftsordnung des Landtags sowie über den Staatsdienst. In ihnen war die Handschrift vor allem der liberalen Protagonisten des konstituierenden Landtags deutlich ablesbar.

Die übrigen organischen Gesetze dienten zur Ausgestaltung der in der Verfassung selbst gewährten individuellen oder kollektiven Freiheitsrechte. Die meisten dieser Reformgesetze – nämlich 12 von 15 – wurden zwischen 1832 und 1834 in Kraft gesetzt. Es handelte sich um so wichtige Vorhaben wie das Bürgergarden-, das Rekrutierungs- und das Ablösungsgesetz, die Judenemanzipation sowie die Städte- und Gemeindeordnung[27]. Lange Zeit

konstitutioneller Regierung, in D. WILLOWEIT (Bearb.), *Gesetzgebung als Faktor der Staatsentwicklung* (Der Staat, Beiheft 7), Berlin 1984, S. 113-160.

[25] Hierzu vgl. die eindrucksvolle Analyse des preußischen Beispiels bei A.G. MANCA, *Konstitutionelles und antikonstitutionelles Verfassungsverständnis in Preußen um die Mitte des 19. Jahrhunderts*, in «Forschungen zur brandenburgischen und preußischen Geschichte», NF 8, 1998, S. 203-235.

[26] Zu ihnen in Kurhessen bisher nur E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 426; eine systematische Untersuchung fehlt. Die für besonders wichtig erachteten organischen Gesetze wurden mit Formulierungen wie «alsbald», «demnächst» bzw. «künftig» angekündigt. Als Fallstudie: R. WULFMEYER, *Die Einführung der Bezirksräte und die Umbildung der inneren Landesverwaltung in Kurhessen 1821-1848*, in «Hessisches Jahrbuch für Landesgeschichte», 21, 1971, S. 160-213.

[27] Zum politischen und gesellschaftlichen Hintergrund des Bürgergardengesetzes und der Gemeindeordnung vgl. die neueren umfassenden und vergleichenden Studien von R. PRÖVE, *Stadtgemeindlicher Republikanismus und die «Macht des Volkes». Civile Ordnungsformationen und kommunale Leitbilder politischer Partizipation in den deutschen Staaten vom Ende des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts* (Veröffentlichungen des Max-

ist allein die Tatsache ihres Inkrafttretens als der Beweis für eine anfängliche Reformphase in der Zeit des konservativen Innen- und Justizministers Ludwig Hassenpflug[28] gewertet worden[29]. Ein Blick auf die näheren Umstände der Beratungen und den Entscheidungsprozeß ergibt jedoch ein anderes Ergebnis. Alle Gesetze konnten nur in deutlich entschärfter Form die Genehmigung des Ministeriums erlangen. In den Kernpunkten wurden die der Regierung zu weit reichenden liberalen Forderungen der Landstände zurückgewiesen. Deren gemäßigte Vertreter waren am Ende froh, daß ein Gesetz überhaupt zustandekam. So konnte – um ein Beispiel herauszugreifen – die Städte- und Gemeindeordnung von 1834 nur deshalb erscheinen, weil der Landtag sich mit einer landesherrlichen Bestätigung der gewählten Ortsvorstände einverstanden erklärte und zudem das zeitgleich vorgelegte Budget verabschiedete[30]. Es handelte sich um konservativ zurechtgestutzte Gesetze, die ordnungs- und integrationspolitisch positive Wirkungen entfalteten. Die organische Gesetzgebung der dreißiger Jahre stand unter dem Signum konservativer bzw. defensiver Modernisierung[31].

Schließlich sind noch fünf organische Gesetze zu erwähnen, die bis 1848 nicht in Kraft traten. Am spektakulärsten war der Fall des projektierten

Planck-Instituts für Geschichte, 159), Göttingen 2000, S. 294-366, sowie V. FISCHER, *Stadt und Bürgertum in Kurhessen. Kommunalreform und Wandel der städtischen Gesellschaft 1814-1848* (Hessische Forschungen zur geschichtlichen Landes- und Volkskunde, 35), Kassel 2000, S. 65-93 und *passim*.

[28] Ludwig Hassenpflug (1794–1862): 1821 Obergerichtsrat am Oberappellationsgericht in Kassel; 1831 Oberappellationsgerichtsrat in Kassel; 1832-1837 kurhessischer Innen- und Justizminister; 1838 Geheimer Konferenzrat in Hohenzollern-Sigmaringen; 1839 Zivilgouverneur in Luxemburg; 1841 Mitglied des Obertribunals in Berlin; 1844 zugleich preußischer Staatsrat; 1846 Präsident des Oberappellationsgerichts in Greifswald; 1850-1855 kurhessischer Innen- und Justizminister. P. LOSCH, *Ludwig Hassenpflug, ein Staatsmann des 19. Jahrhunderts (Vom Romantiker zum Mystiker)*, in «Zeitschrift des Vereins für hessische Geschichte und Landeskunde», 62, 1940, S. 59-159, sowie E. GROTHE, *Persönliche Sympathie und politischer Dissens. Ludwig Hassenpflug und die Brüder Grimm*, in «Hessisches Jahrbuch für Landesgeschichte», 51, 2001, S. 149-167.

[29] So vor allem K.E. DEMANDT, *Geschichte des Landes Hessen*, Kassel - Basel 1980, S. 552. Zuletzt auch in dem holzschnittartigen Überblick von K.-H. WEGNER, *Kurhessens Beitrag für das heutige Hessen* (Hessen: Einheit aus der Vielfalt, 5), Wiesbaden 1999, S. 114.

[30] E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 467-477, besonders S. 474 f.; E. GROTHE - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Briefe aus den Anfängen der kurhessischen Verfassungszeit 1830-1837*, Nr. 112, 113, S. 287-294. Vgl. auch V. FISCHER, *Stadt und Bürgertum in Kurhessen*, S. 65-79.

[31] E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 480-483.

Gesetzes gegen Pressevergehen[32]. Es war deshalb so wichtig, weil im § 37 der Verfassung die Freiheit der Presse von dem «zuvor» zu erlassenden Gesetz gegen Presseverstöße abhängig gemacht worden war. Die Pressefreiheit zählte zum liberalen Kernbestand, und deshalb wurde das Gesetz bereits zu Beginn des ersten konstitutionellen Landtags in Angriff genommen. Wie bei allen anderen Reformgesetzen der dreißiger Jahre ging die erste Vorlage von der Regierung aus; der Landtag nutzte seine Initiativmöglichkeiten regelmäßig nicht. Ausschußberatungen und modifizierte Gesetzesvorlagen von beiden Seiten führten noch im Laufe des Jahres 1831 zu erheblichen Zeitverzögerungen. Ironisch kommentierte die liberale Kasseler Zeitung «Der Verfassungsfreund»: «Das Preßgesetz sitzt dem Vernehmen nach noch immer im Ministerium an seiner Toilette. Wenn es nur nicht zu viel Roth auflegt». Schon einige Wochen zuvor hatte man warnend angemerkt: «Die langen Wehen lassen fast eine unglückliche Geburt befürchten»[33].

Fast zeitgleich mit dem Amtsantritt Hassenpflugs im Mai 1832 trat das Gesetzgebungsverfahren beim Pressegesetz in seine entscheidende Phase. Das Kernproblem war die Frage nach der Form des Gerichtsverfahrens in Prozessen gegen Preßvergehen und der dabei von den Liberalen geäußerte Wunsch nach öffentlichen und mündlichen Verhandlungen. Zwar setzte sich die gemäßigte gegenüber der entschieden liberalen Landtagsgruppe mit einem Verzicht auf diese Forderung durch in der Hoffnung, damit die Pressefreiheit verfassungsgemäß absichern zu können[34]. Dennoch weigerten sich der regierende Kurprinz Friedrich Wilhelm[35] und Innenminister Hassenpflug im Juli 1832, das Gesetz zu sanktionieren. Auch alle späteren Versuche schlugen fehl. Ein Gesetz gegen Pressevergehen kam erst im Zuge der 48er Revolution zustande. Erst damit wurde die Zensur weitgehend aufgehoben.

[32] *Ibidem*, S. 446-457; E. GROTHE - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Briefe aus den Anfängen der kurhessischen Verfassungszeit 1830-1837*, Nr. 54, 55, S. 171-179.

[33] Zitiert nach E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 448 (Artikel vom 3.9. und 27.8.1831).

[34] Die entscheidende Debatte darüber fand am 17.4.1832 statt. E. GROTHE - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Briefe aus den Anfängen der kurhessischen Verfassungszeit 1830-1837*, Nr. 54, S. 171-176, sowie E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 450 ff.

[35] Friedrich Wilhelm I. v. Hessen (1802-1875): 1821 Kurprinz; 1831 Mitregent neben seinem Vater Wilhelm II.; 1847-1866 Kurfürst; danach im Exil in Prag. Ph. LOSCH, *Der letzte deutsche Kurfürst Friedrich Wilhelm I. von Hessen*, Marburg 1937.

Die Bilanz der organischen Gesetzgebung war letztlich zwiespältig. Zwar erschien die Mehrzahl der angekündigten Gesetzesvorhaben innerhalb der auf die Verfassung folgenden drei Jahre. Dennoch waren diese freiheitlich-programmatisch gedachten Maßnahmen inhaltlich so entscheidend verkürzt, daß ihr Reformimpuls allenfalls konservativ modernisierend wirkte. Die liberale Mehrheits-«Fraktion» im Landtag konnte ihre Wünsche regelmäßig nicht durchsetzen. Das Parlament als Gesetzgeber war zwar am Entstehungsprozeß beteiligt, wurde aber in wichtigen Punkten durch Regent und Regierung ausmanövriert, in liberalen Kernfragen lahmgelegt. Die fraktionelle Gliederung des kurhessischen Landtags, besonders die Spaltung in gemäßigte und entschiedene Liberale[36], kam der Exekutive dabei hilfreich entgegen. Sie verhinderte auch, daß die Sitzmajorität einer Gruppierung im Landtag derart stark wurde, um – wenn auch nur theoretisch – die Verfassung in ihrem Bestand selbst anzutasten.

III.

Eine der größten Sorgen der liberalen Verfassungsbewegungen des Vormärz bestand darin, die einmal errungenen Konstitutionen wirksam gegen Teil- und Totalrevisionen abzusichern. Eine solche Strategie kam in verschiedenen Verfassungsbestimmungen zum Ausdruck, welche die Abänderbarkeit erschweren oder den Verfassungsbruch bewehren sollten. Es ging darum, den weder staatstheoretisch anerkannten noch rechtspraktisch durchgesetzten Vorrang der Konstitution vor dem einfachen Gesetz zu begründen. In der normativen Höherrangigkeit der Verfassung lag die Logik besonderer rechtlicher Schutzmaßnahmen[37].

Die Stabilität der kurhessischen Verfassung von 1831 war auf mehrfache Art gesichert worden. Es ist dabei zu differenzieren zwischen einer aktiven Änderungsmöglichkeit und den reaktiv wirksamen Verfassungsschutzbest

[36] E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 398-404, 415-421. Allgemein zu den politischen Strömungen in Kurhessen: H. SEIER, *Das kurhessische Parteiensystem. Zu Vorgeschichte und Entstehung politischer Strömungen 1770-1866*, in W. HEINEMEYER (ed), *Hundert Jahre Historische Kommission für Hessen 1897-1997. Festgabe dargebracht von Autorinnen und Autoren der Historischen Kommission*, 2 Tle. (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 61), Marburg 1997, hier Tl. 2, S. 769-806.

[37] Zu diesen Fragen nun die durch systematischen Verfassungsvergleich weiterführende Studie von C.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie*. Er untersucht neben der normativen Ebene auch die Staatstheorie sowie die Judikatur, wobei er allerdings die Ergebnisse der älteren Literatur zu wenig berücksichtigt.

immungen. Bei den Maßregeln des Verfassungsschutzes wirkten sich jene beiden Besonderheiten des Kasseler Grundgesetzes aus, die es in den süddeutschen Vorläufer-Verfassungen in dieser ausgedehnten Form nicht gab: die Ministeranklage und der Verfassungseid. Noch am ausführlichsten fallen die bayerischen und die hessen-darmstädtischen Verfassungspassagen «über die Gewähr der Verfassung» aus, wo Eidesleistung von Regent und Bürgern sowie Beschwerde- und Anklagerecht des Landtags festgesetzt werden[38]. Der Verfassungseid wurde im Kurstaat gleich fünffach verfassungsmäßig festgeschrieben: als Regenten- und Thronfolgereid (§ 6, 90), als Staatsdienereid (§ 60), als Abgeordneteneid (§ 74) und schließlich als Huldigungseid der Staatsbürger (§ 21) sowie des Militärs (§ 156). Besonders der Eid des Militärs erregte außerhalb Kurhessens vielfach Anstoß und gehörte zu den außergewöhnlichen Regelungen des Kasseler Grundgesetzes[39]. Selbst wenn es hier und da zu Unklarheiten über die Eidesleistung kam, so 1831 beim Kurprinzen und bei einzelnen Eidverweigerungen von Bürgern, so bildete der Eid doch eine hohe rechtlich-moralische Barriere gegen Verfassungsverletzungen[40]. Einen echten Eidkonflikt größeren Ausmaßes – vergleichbar mit den Vorgängen in Göttingen 1837 – hat es im kurhessischen Vormärz nicht gegeben. Dies ereignete sich erst 1850 in äußerst spektakulärer Form.

Neben den Verfassungseid traten die Verfassungsbeschwerde und die auf dem Prinzip der Ministerverantwortung beruhende Ministeranklage als rechtliche Instrumente, um die Einhaltung der Konstitution wirksam abzusichern. Die Beschwerde gegen verfassungsverletzende Exekutivmaßnahmen nach § 35 stand allen Untertanen zu; dem Landtag oblag gemäß § 99 deren Weiterreichung an die höchsten Behörden oder den Landesherrn[41].

[38] E.R. HUBER (ed), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1: *Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1978[3], Dok. 53, S. 170 f.

[39] C.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie*, S. 71. Siehe auch *ibidem*, S. 70-73, generell zur Verfassungsnorm der Eidesleistung im deutschen Konstitutionalismus.

[40] R. POLLEY, *Die Vereidigung des kurhessischen Volkes auf die Verfassungsurkunde vom 5. Januar 1831*, in «Hessisches Jahrbuch für Landesgeschichte», 32, 1982, S. 271-287; DERS., *Bibel und Staatsverfassung im 19. Jahrhundert – Eine Fallstudie*, in J. ECKERT - H. HATTENHAUER (edd), *Bibel und Recht. Rechtshistorisches Kolloquium 9.-13. Juni 1992 an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel* (Rechtshistorische Reihe, 121), Frankfurt a.M. u.a. 1994, S. 369-385, hier S. 374-384.

[41] Zur Verfassungsbeschwerde im konstitutionellen Staatsrecht allgemein: C.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie*, S. 74 ff. Eine systematische und

Die Verfassungssicherung durch den Landtag fand sich in der allgemeinen Regelung des § 89, die bestimmte, daß die Landstände, «die verfassungsmäßigen Rechte des Landes geltend zu machen» haben. Daran waren alle Abgeordneten durch ihren Eid gebunden. In der landtagsfreien Zeit wachte ein ständiger landständischer Ausschuß nach § 102 der Verfassung vertretungsweise auf die Verfassungsmäßigkeit des Regierungshandelns. Besonders in konfliktreichen Zeiten wurde ihm hierfür eine besonders weitreichende Instruktion erteilt. Gegen verfassungsbrüchige Beamte war dieser Ausschuß nach § 101 sogar klageberechtigt; seine Befugnis für Ministeranklagen blieb allerdings strittig[42].

Mit der Ministeranklage verband sich in Kurhessen nicht nur wie in anderen Staaten ein Recht zum Verfassungsschutz, sondern vielmehr eine Pflicht[43]. Dies wirkte sich um so eher aus, als ein in Konfliktfällen zu berufendes «Kompromiß-Gericht», vorgesehen in § 154 der Verfassung, welches über Zweifel bei der Verfassungsauslegung befinden sollte, nie zusammentrat[44]. So löste die ausdrückliche und in ihrer Formulierung unzweideutige Anklagebestimmung des § 100 in Verbindung mit der Verpflichtung zur Verfassungsbefolgung für Beamte aus § 61 bereits in den ersten sechs Jahren nach ihrem Inkrafttreten eine Welle von Anklagen aus. Sie richteten

empirische Untersuchung zum Beschwerde- und Petitionsrecht und seiner Nutzung in Kurhessen liegt bislang nicht vor. Auswertung von Petitionen der Jahre 1830-1832 u.a. bei M. BULLIK, *Staat und Gesellschaft im hessischen Vormärz. Wahlrecht, Wahlen und öffentliche Meinung in Kurhessen 1830-1848* (Neue Wirtschaftsgeschichte, 7), Köln - Wien 1972, *passim*.

42 Siehe dazu die unten, in Anm. 45, genannte Literatur über die kurhessischen Ministeranklagen der 1830er Jahre. Nach § 121 der 1852er Verfassung war ein solcher Ausschuß bei der Bundesversammlung zur Beschwerde berechtigt. E.G. FRANZ - K. MURK (edd), *Verfassungen in Hessen 1807-1946*, Dok. 25, S. 291.

43 Die Literatur zu Ministeranklagen und Staatsgerichtshöfen im deutschen Konstitutionalismus ist reichhaltig. Zuletzt dazu: C.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie*, S. 76-79. Vgl. auch M. HERBERGER, *Ministerverantwortlichkeit*, in A. ERLER - E. KAUFMANN (edd), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 578-582, sowie F. GREVE, *Die Ministerverantwortlichkeit im konstitutionellen Staat unter besonderer Berücksichtigung der Verfahren gegen den Minister von Scheele im Herzogtum Holstein 1855/56* (Schriften zur Verfassungsgeschichte, 26), Berlin 1977.

44 C.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie*, S. 80, sieht in dieser Regelung zutreffend eine Art «unechte», d.h. nicht institutionalisierte Normenkontrolle. Eine ähnliche Regelung sah die Braunschweiger Verfassung von 1832 vor. In der revidierten Kurhessischen Verfassung von 1852 war eine Entscheidung solcher Fälle durch die Bundesversammlung vorgesehen. E.G. FRANZ - K. MURK (edd), *Verfassungen in Hessen 1807-1946*, Dok. 25, S. 291 (§ 120).

sich sämtlich gegen den konservativen Innen- und Justizminister Ludwig Hassenpflug, scheiterten allerdings allesamt[45]. Zwischen 1832 und 1836 wurden vier Verfahren mit zahlreichen Einzelklagepunkten angestrengt und entschieden. Als Rechtsprechungsorgan in solchen Prozessen, deren förmlicher Charakter zwar justiziell, deren faktisches Erscheinungsbild allerdings politisch war, wurde in der Verfassung das Kasseler Oberappellationsgericht eingesetzt. Das als höchste juristische Appellationsinstanz bereits seit 1746 tätige Gericht fungierte damit zugleich als Staatsgerichtshof[46].

Die kurhessischen Ministeranklageprozesse der dreißiger Jahre waren spektakuläre Ereignisse, die deutschlandweite Beachtung fanden und in Staatstheorie wie politisch-parlamentarischer Praxis eine breite Rezeption erfuhren[47]. Niemand anderes als einer der renommiertesten Staatsrechtler des Vormärz, nämlich Robert von Mohl, übernahm die Verteidigung Hassenpflugs[48]. Daß keines der Verfahren zugunsten der Landstände entschieden wurde, lag am wenigsten an der politischen Einstellung der Richterschaft, die trotz zweier gesteuerter Neuberufungen durch Hassenpflug überwiegend konstitutionell gesonnen war[49]. Vielmehr hatte

45 E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 248-262; E. GROTHE - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Briefe aus den Anfängen der kurhessischen Verfassungszeit 1830-1837*, Nr. 79, 80, 97-101, 104, S. 221-225, 260-269, 272 ff. Vgl. auch P. POPP, *Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage im Spannungsfeld von Verfassungsgebung und Verfassungswirklichkeit. Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte des Kurfürstentums Hessen* (Juristische Schriftenreihe, 81), Münster 1996, sowie F. THEISEN, *Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit. Kurhessische Rechtsprechung von 1821-1848* (Dissertationen zur Rechtsgeschichte, 7), Köln - Weimar - Wien 1997, S. 303-360.

46 W.E. KELLNER, *Das Oberappellationsgericht zu Kassel als kurhessischer Staatsgerichtshof (1831-1866)*, in DERS., *Verfassungskämpfe und Staatsgerichtshof in Kurhessen* (Beiträge zur hessischen Geschichte, 3), Marburg - Witzenhausen 1965, S. 29-68.

47 Das Presseecho ist erwähnt bei E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 260 f., Anm. 399. Robert von Mohl nahm den Prozeß zum Anlaß, eine dickleibige Monographie zu verfassen: R. MOHL, *Die Verantwortlichkeit der Minister in Einherrschaften mit Volksvertretung, rechtlich, politisch und geschichtlich entwickelt*, Tübingen 1837.

48 Seine Verteidigungsschrift ist neben zahlreichen anderen Akten dokumentiert bei H.D.L.F. HASSENPFLUG (ed), *Actenstücke, die landständischen Anklagen wider den kurfürstlich hessischen Staatsminister Hans Dan. Ludw. Friedr. Hassenpflug betreffend. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte und zum neuern deutschen Staatsrechte. Die Vertheidigungsschriften von dem Angeklagten selbst und von Professor Dr. R. Mohl in Tübingen*, Stuttgart - Tübingen 1836, S. 453-516.

49 So zuletzt F. THEISEN, *Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit*, S. 314; dagegen unzutreffend: P. POPP, *Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage im Spannungsfeld von Verfassungsgebung und Verfassungswirklichkeit*, S. 262.

es der Innen- und Justizminister verstanden, geschickt und vorsätzlich Verfassungslücken und Doppeldeutigkeiten zu seinen Gunsten auszulegen und damit auszunutzen[50]. Letztlich erwies sich seine vermeintlich verfassungswidrige Amtsführung in den meisten Punkten als nicht justiziabel.

Die Funktion von Landtag und Oberappellationsgericht als gemeinsame Verfassungshüter wurde somit durch Unklarheiten in der Verfassung selbst unterlaufen. Die Vorstellung der parlamentarischen Verfassungsväter, man habe die Konstitution sturmfest gegen reaktionäre Angriffe gesichert, wurde bereits in den ersten Jahren nachdrücklich widerlegt. Das löste im Parlament Resignation und Verbitterung aus. Die Einflußnahme auf das Oberappellationsgericht in Ministeranklageverfahren verlief dann allerdings nicht nach den Wünschen des Kurprinzen. Als er 1844 auf nachträgliche Akteneinsicht drang, wurde dies von den Richtern unter Verweis auf die Unabhängigkeit der Rechtspflege deutlich zurückgewiesen[51].

Erfolgreicher als der gerichtliche Verfassungsschutz erwies sich bereits im ersten konstitutionellen Jahr Kurhessens die Nutzung der parlamentarischen Ministerverantwortlichkeit. Beim Fall des Kriegsministers Friedrich Wilhelm von Loßberg[52], der Offiziersbeförderungen des Kurfürsten im Frühjahr 1831 nicht kontrasigniert hatte, handelte es sich um den ersten parlamentarischen Ministersturz in Deutschland[53]. Nach wochenlangen Debatten nutzte der Landtag die verfassungsfreundliche Einstellung der ersten konstitutionellen Regierungen und den gleichzeitigen Regentenwechsel aus, um Loßberg eine deutliche Abstimmungsniederlage im Plenum beizubringen und anschließend dem Kurprinzen in seiner ersten Amtshandlung als Mitregent die Entlassung seines Ministerialvorstandes

[50] Eine solche Vorsätzlichkeit bestreitet P. POPP, *Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage im Spannungsfeld von Verfassungsgebung und Verfassungswirklichkeit*, S. 258. Ich kann der Autorin auch nicht darin folgen, daß die Anklagen «keinen persönlichen Charakter» gehabt hätten (*ibidem*, S. 259).

[51] B. WEBER - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Eingaben aus dem kurhessischen Vormärz 1837-1848*, Dok. 122, 123, S. 328-334.

[52] Friedrich Wilhelm v. Loßberg (1776-1848): 1821 Direktor im Generalkriegsdepartement in Kassel; 1830 Oberst und zweiter Kommandant von Kassel; 1831 und 1836-1842 kurhessischer Kriegsminister.

[53] Der Fall wurde erstmals in seiner Bedeutung gewürdigt bei G. HOLLENBERG, *Landstände und Militär in Hessen-Kassel*, in «Hessisches Jahrbuch für Landesgeschichte», 34, 1984, S. 101-127, hier S. 118-122. Siehe auch E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 139-147; E. GROTHE - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Briefe aus den Anfängen der kurhessischen Verfassungszeit 1830-1837*, Nr. 47, 48, S. 157-160.

nahezulegen. Die monarchischen Prärogativen in Militärangelegenheiten, geregelt in § 107 der Verfassung, blieben jedoch durch den Vorgang unangetastet.

Jenseits des reaktiven Schutzes der Verfassung gegen Angriffe seitens der Regierung oder des Regenten besaß der kurhessische Landtag selbstverständlich auch die Möglichkeit der aktiven Änderung des Grundgesetzes aus eigener Kraft. Die entsprechende Regelung der Verfassung sah in § 153 allerdings sehr hohe Hürden für ein solches Verfahren der «Abänderung oder Erläuterung» vor. Es wurden völlige «Stimmen-Einhelligkeit» oder eine Dreiviertelmehrheit der Deputierten auf zwei aufeinander folgenden Landtagen als qualifizierte Quoren verlangt[54]. Die Verbindung einer Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit mit einem Zeitintervall fand sich außer in Kurhessen nur noch in der Hannoverschen Verfassung von 1840[55]. Diese erschwerten Voraussetzungen erwiesen sich während der Geltungsdauer der kurhessischen Verfassung als unüberwindlich.

Eine weitere Verfassungsschutzbestimmung zeigte sich in der Praxis gleichfalls als bedeutungslos. Es war jene auch in anderen konstitutionellen Verfassungen, wie beispielsweise der badischen, vorfindbare Regelung des § 157, die Deutsche Bundesversammlung «um Übernahme der bundesgesetzlichen Garantie» zu ersuchen[56]. Dies ging auf den Art. 60 der Wiener Schlußakte von 1820 zurück[57]. Trotz nachhaltiger Bemühungen von Regierung und Landtag in den ersten drei Jahren nach Inkrafttreten der Verfassung gelang es allerdings nicht, die erstrebte Bundesgarantie zu erlangen. Zu viele liberale Passagen des Kasseler Grundgesetzes verstießen nach Ansicht des Deutschen Bundes gegen das monarchische Prinzip des Art. 57 der Wiener Schlußakte und sprachen von Seiten der konservativen Führungsmächte gegen eine Garantieerklärung. Der österreichische Bundespräsidialgesandte Joachim Graf v. Münch-Bellinghausen[58] bemerkte

[54] E.G. Franz - K. Murk (edd), *Verfassungen in Hessen 1807-1946*, Dok. 22, S. 261 f.

[55] So C.H. Schmidt, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie*, S. 52 und zum Ausnahmecharakter besonders S. 57.

[56] E.G. Franz - K. Murk (edd), *Verfassungen in Hessen 1807-1946*, Dok. 22, S. 262. In der badischen Verfassung findet sich Entsprechendes im § 83. E.R. Huber (ed), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Dok. 54, S. 186. Zur Verfassungsgarantie des Deutschen Bundes generell: E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 1: *Reform und Restauration 1789 bis 1830*, 1957[1], Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1988[3], S. 649 ff.

[57] E.R. Huber (ed), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Dok. 30, S. 99.

[58] Graf Joachim von Münch-Bellinghausen (1786-1866): 1823-1848 österreichischer Bundespräsidialgesandter in Frankfurt; Vertrauter Metternichs.

bereits 1831: «Der Himmel soll verhüten, daß wir dieser Verfassung Sanktion erteilen»[59]. Der Ende Februar 1831 von Kurhessen gestellte Antrag wurde 1832/33 am Bundestag behandelt[60]. Ein förmlicher Beschluß der Frankfurter Bundesversammlung – anerkennend oder verwerfend – ist indes niemals ergangen[61].

Doch auch ohne die Garantie des Deutschen Bundes blieb die kurhessische Verfassung des Jahres 1831 knapp zwanzig Jahre lang «in anerkannter Wirksamkeit»[62]. Aktive Versuche von Regent oder Regierung zur Abänderung oder Ergänzung hat es im Vormärz nicht gegeben. Verfassungsgemäß hätten sie in jedem Falle auch der Zustimmung des Landtags bedurft, die aus den genannten Gründen illusorisch war. So blieb es bei gelegentlichen Ansätzen nicht formeller, aber faktischer Verfassungsdurchbrechung. Zu denken ist etwa an die verfassungsgemäß nicht zulässige Entlassung eines Landtags im Jahr 1835 (statt Auflösung oder Verabschiedung)[63] oder die versuchte Abschaffung der Parlamentsöffen tlichkeit[64]. Doch weder Hassenpflug in den dreißiger noch sein reaktionärer «Ziehsohn» Friedrich Scheffer[65] in den vierziger Jahren hatten mit solchen antiparlamentarischen Methoden Erfolg.

59 K.W.H. FREIHERR [DU BOS] DU THIL, *Denkwürdigkeiten aus dem Dienstleben des Hessen-Darmstädtischen Staatsministers ... 1803-1848*, hrsg. von H. ULMANN (Deutsche Geschichtsquellen des 19. Jahrhunderts, 3), Stuttgart - Berlin 1921, S. 272.

60 Protokolle der Deutschen Bundesversammlung vom Jahre 1831, Frankfurt am Main o.J. [1831], S. 70 (10.2.1831). Das Gutachten über den Antrag verfaßte 1833 der badische Gesandte Friedrich Landolin Karl v. Blittersdorf. Dazu: L.F. ILSE, *Die Politik der beiden deutschen Großmächte und der Bundesversammlung in der kurhessischen Verfassungsfrage vom Jahre 1830 bis 1860*, Berlin 1861, S. 9-17, 31-40.

61 Zur grundsätzlichen Zurückhaltung des Deutschen Bundes in dieser Frage siehe D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, S. 136; konkrete Beispiele nennt C.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie*, S. 83 f. und besonders S. 84, Anm. 190.

62 So die Formulierung in Art. 56 der Wiener Schlußakte, E.R. HUBER (ed), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Dok. 30, S. 99.

63 E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 502-508; E. GROTHE - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Briefe aus den Anfängen der kurhessischen Verfassungszeit 1830-1837*, Nr. 120-123, S. 302-310.

64 B. WEBER - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Eingaben aus dem kurhessischen Vormärz 1837-1848*, Dok. 45, 47, 50, S. 110-113, 118 ff., 126-130 (1839/40).

65 Friedrich Scheffer (1800-1879): 1836-1841 Obergerichtsrat in Kassel, 1841 Ministerialrat, 1847/48 Innenminister, 1833/34 Mitglied der kurhessischen Ständeversammlung, 1836-1848 Landtagskommissar. Ph. LOSCH, *Friedrich Scheffer*, in I. SCHNACK (ed), *Lebensbilder aus*

Allein die Möglichkeit des gewaltsamen Verfassungsumsturzes, eines Staatsstreichs, hätte für die Exekutive theoretisch jederzeit bestanden. Trotz regelmäßiger, zumeist interner rhetorischer Ankündigungen von seiten des Kurprinzen oder seiner Minister, man wolle ein dauerndes Mitregieren der Stände nicht länger dulden, oder ähnlich vollmundiger Aussagen, hat es ein tatsächlich darauf hinauslaufendes Handeln nur in einer einzigen Situation gegeben. Kurfürst Wilhelm II. hatte bei seinem Tod im November 1847 ein Schreiben hinterlassen, in dem er die Aufrechterhaltung der Verfassung zusicherte[66]. Der bisherige Kurprinz und Mitregent Friedrich Wilhelm als sein Nachfolger erwog indes kurzfristig eine Revision der Verfassung und setzte eine Kommission ein[67]. Doch als der preußische König Friedrich Wilhelm IV. verlauten ließ, daß man «bey etwaigen Umsturz-Projecten in keiner Weise auf mich [d.h. ihn] rechnen dürfe», da er ein solches Unternehmen «als unrecht und unklug laut mißbilligen» werde[68], waren entsprechende Pläne sofort vom Tisch. Die Verfassung hatte überdies nach gut 15jähriger Gültigkeit eine enorme Binde- und Prägekraft entwickelt, bei Ministern, Bürokratie, Militär und Bevölkerung gleichermaßen. So kam es erst im Zuge der Revolution zu weitreichenden Verfassungsänderungen.

IV.

Die Teilrevision der Verfassung von 1831 im Jahre 1848 stand unter eindeutig liberalen Vorzeichen und erfolgte «in proständischer und demokratischer Richtung»[69]. Im Kurfürstentum Hessen fand vorwiegend eine

Kurhessen und Waldeck 1830-1930, Bd. 1 (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 20/1), Marburg 1939, S. 240 ff.

66 Druck bei: F. MÜLLER, *Kassel seit siebzig Jahren, zugleich auch Hessen unter vier Regierungen, die westphälische mit inbegriffen. Geschildert auf Grund eigener Erlebnisse*, 2 Bde., Kassel 1876/79, hier Bd. 2, S. 216 ff. Zur Thronwechsel-Krise: M. BULLIK, *Staat und Gesellschaft im hessischen Vormärz*, S. 371 ff.

67 B. WEBER - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Eingaben aus dem kurhessischen Vormärz 1837-1848*, S. 508, Anm. 8.

68 F. NIPPOLD, *Aus dem Briefwechsel zwischen Prinz Albert und Bunsen*, in «Deutsche Revue», 23, 1898, Bd. 1, S. 202-224, besonders S. 214-224, hier Nr. 7, S. 220 f. (Friedrich Wilhelm IV. an Prinz Albert, 1.1.1848).

69 E.G. FRANZ - K. MURK (edd), *Verfassungen in Hessen 1807-1946*, S. 224 (Vorbemerkung).

«konstitutionelle Revolution» statt[70]. Dafür verantwortlich war zum einen das liberale Märzministerium unter Leitung des langjährigen Hanauer Bürgermeisters und erfahrenen Parlamentariers Bernhard Eberhard, der ja bereits zu den Verfassungsvätern von 1830/31 gehört hatte. Zum anderen wurden die liberalen Kräfte in Ministerium und Bürokratie unterstützt von der überwiegend liberal zusammengesetzten Ständeversammlung. Sie initiierte teilweise die Reformvorhaben und leitete den Weg der verfassungsändernden Gesetzgebung ein. In Angriff genommen wurden vor allem jene heiklen Punkte, die in der Verfassungspraxis des Vormärz zu Konflikten geführt hatten. Die kurhessische Ständeversammlung zeigte sich insofern lernfähig und der Kurfürst notgedrungen kompromißbereit. Konkret wurde der Einfluß des Landtags auf die Zusammensetzung des Oberappellationsgerichts und auf die Wahrnehmung der militärischen Kommandogewalt durch den Landesherrn ausgeweitet[71]. Darüber hinaus wurde das Wahlrecht, 1831 noch ein dreifach gestuftes Zensusverfahren, ganz dem Zeitgeschmack folgend, auf alle selbständigen Staatsbürger ausgedehnt[72]. Die Landstände bildeten das stärkste Element der Kontinuität und praktizierten eine Art «improvisierten Parlamentarismus»[73]. Die Federführung bei den Reformvorhaben ließ sich die Regierung Eberhard indes nicht nehmen. Das bedeutete konkret, daß alle radikalen Forderungen unerfüllt blieben, vielmehr in Verfassungsfragen ein «pragmatischer Mittelweg»[74] angestrebt wurde.

Doch in Kurhessen wie auch sonst in Deutschland erwiesen sich alle liberalen und demokratischen Reformen der Revolutionsmonate als von

[70] Vgl. aus der «Jubiläumsliteratur»: H. SEIER, *Revolution in Kurhessen 1848-1850*, in K. BÖHME - B. HEIDENREICH (edd), *«Einigkeit und Recht und Freiheit». Die Revolution von 1848/49 im Bundesland Hessen*, Opladen 1999, S. 35-57; W. SPEITKAMP, *Die Verfassungsfrage in Kurhessen*, in H. DIPPEL (ed), *Executive and Legislative Powers in the Constitutions of 1848-49* (Schriften zur Verfassungsgeschichte, 58), Berlin 1999, S. 65-85. M. GUMS, *Von der Bewegung zur Partei. Liberalismus in Kurhessen 1847-1850* (Hessische Forschungen zur geschichtlichen Landes- und Volkskunde, 37), Kassel 2001; DERS., *Kurhessens Liberale zwischen Reich, Union und Bund. Ein Beitrag zum Revolutionsende in Deutschland 1850*, in «Jahrbuch zur Liberalismus-Forschung», 12, 2000, S. 59-76.

[71] U. VON NATHUSIUS - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Dokumente zur kurhessischen Parlaments- und Verfassungsgeschichte 1848-1866*, Nr. 15, 16, 22, 23, S. 33 ff., 44-47.

[72] *Ibidem*, Nr. 30-43, S. 64-92. Das Wahlgesetz vom 5.4.1849 in E.G. FRANZ - K. MURK (edd), *Verfassungen in Hessen 1807-1946*, Dok. 24, S. 272-278.

[73] M. BOTZENHART, *Deutscher Parlamentarismus in der Revolutionszeit 1848-1850* (Handbuch der Geschichte des deutschen Parlamentarismus), Düsseldorf 1977, S. 790.

[74] *Ibidem*, S. 262.

relativ kurzer Dauer. Sobald die Verhältnisse in Bund und Land wieder sicher schienen, wurden die konstitutionellen Minister abgelöst und kurz darauf die von ihnen durchgesetzten Normen kassiert. In Kassel stand mit Ludwig Hassenpflug ein altbekannter «Haudegen» erneut für das leitende Ministeramt zur Verfügung. Und tatsächlich eskalierten die Auseinandersetzungen zum offenen Konflikt: über das Budget zunächst und über die Verfassung sodann. Kurhessen machte – wie in den dreißiger Jahren – erneut bundespolitische Schlagzeilen[75]. Es war sprichwörtlich von «kurhessischen Zuständen» die Rede[76].

Nach zweijährigem Kondominium von Regierung und Ständeversammlung im politischen Tagesgeschäft beanspruchte Hassenpflug die Initiative für Regent und Regierung zurück. Das Budgetrecht diente – wie zehn Jahre später in Preußen – als Hebel, eine landesherrliche Verordnung zur Steuerforterhebung als verfassungswidriges Instrument. Doch dann ging Hassenpflug viel weiter als später Bismarck: Landtagsauflösung und Kriegsrecht wurden als Zwangsmittel zur Zähmung widerständiger Abgeordneter eingesetzt. Das Ende ist bekannt: Steuerverweigerung, Urteil des Oberappellationsgerichts, Abschiedsgesuche der Mehrheit des Offizierskorps, Intervention der Bundestruppen[77].

In den folgenden zwei Jahren wurde der Landtag lahmgelegt und über die Köpfe der Abgeordneten hinweg schließlich *per* Bundesbeschluß die

[75] Nach wie vor fehlt eine brauchbare moderne Darstellung zum Verfassungskonflikt von 1850. Diesen Anspruch verfehlt die Studie von A. WASIELEWSKI, *Der kurhessische Verfassungskonflikt von 1850 in der Bewertung des deutschen Konstitutionalismus* (Hessische Forschungen zur geschichtlichen Landes- und Volkskunde, 19), Kassel 1990; siehe dazu meine Rezension in «Mitteilungen des Oberhessischen Geschichtsvereins», NF 78, 1993, S. 229 ff.

[76] So bei K.A. VARNHAGEN VON ENSE, *Tagebücher*, Bd. 8, Zürich 1865, S. 41 (29.1.1851).

[77] Die militärgeschichtlichen Aspekte bei M. ARNDT, *Die Abschiednahme des kurhessischen Offizierkorps im Verfassungskonflikt von 1850*, in W. SPEITKAMP (ed), *Staat, Gesellschaft, Wissenschaft. Beiträge zur modernen hessischen Geschichte* (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 55), Marburg 1994, S. 73-90. Im größeren Zusammenhang: M. ARNDT, *Militär und Staat in Kurhessen 1813-1866. Das Offizierskorps im Spannungsfeld zwischen Monarchischem Prinzip und liberaler Bürgerwelt* (Quellen und Forschungen zur hessischen Geschichte, 102), Darmstadt - Marburg 1996. Zuletzt: W. SPEITKAMP, *Verfassung und Militär. Zum Konflikt um Recht und Macht in der deutschen und kurhessischen Revolution von 1848/49*, in «Hessisches Jahrbuch für Landesgeschichte», 48, 1998, S. 147-163. Einschätzung der Judikatur des Oberappellationsgerichts als konstitutioneller Ausnahmefall konkreter Normenkontrolle bei C.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie*, S. 212 ff.

1831er Verfassung suspendiert. In Kraft trat nun eine von Hassenpflug maßgeblich entworfene und von Kurfürst Friedrich Wilhelm am 13. April 1852 oktroyierte neue Konstitution[78]. Die liberal-konstitutionellen Revolutions-errungenschaften von 1848 entfielen ersatzlos, die spektakulären «Avant-gardismen»[79] von 1831 (Gesetzesinitiative, Ministeranklagepflic ht, Budgetbefugnisse, permanenter Ausschuß) gleichfalls. Schließlich wurde ein ganz neues Parlament installiert: zwei statt einer Kammer bei stark eingeschränktem Wahlrecht[80]. Den völligen Verfassungsumsturz konnte ein Bundesbeschluß nicht bemänteln, der die Vorlage der revidierten Verfassung bei dem neu einzuberufenden Landtag und dessen Stellungnahme dazu gegenüber der Bundesversammlung vorsah[81]. War die Verfassungsbewegung des Jahres 1831 mit hochfliegenden Träumen, Wünschen und Visionen angetreten, so lauteten die Stichworte in der reaktionären Wirklichkeit der 1850er Jahre «Restauration» und «Revision».

Was allerdings zunächst wie eine Formsache schien, ein unbedeutender Vorbehalt, kein wirklicher Stolperstein, wirkte langfristig als juristischer Fallstrick. Die Initiative ging dabei wiederum vom Parlament aus: Als sich 1857 beide Kammern in einem antiautokratischen Kompromiß auf die 1852 geforderte Erklärung gegenüber der Bundesversammlung verständigten, forderten sie zugleich eine erneute Verfassungsrevision in konstitutionellem Sinne, eine Revision der Revision, wenn man so will[82]. Und nachdem sich 1858/59 auch die außenpolitischen Rahmenbedingungen geändert hatten, geriet die kurhessische Verfassungsfrage nach siebenjähriger Blockade erneut in Bewegung. Nunmehr schien Kurhessen geradezu zum Testfall für die Zukunftsfähigkeit des Deutschen Bundes zu werden.

78 E.G. Franz - K. Murk (edd), *Verfassungen in Hessen 1807-1946*, Dok. 25, S. 279-292. Zum Hintergrund: U. von Nathusius, *Kurfürst, Regierung und Landtag im Dauerkonflikt*, S. 271-327.

79 H. Seier, *Verfassungskämpfe und Parlamentarismus in Kurhessen zwischen Revolution und Annexion 1848-1866. Eine Einleitung*, in U. von Nathusius - H. Seier (Bearb.), *Akten und Dokumente zur kurhessischen Parlaments- und Verfassungsgeschichte 1848-1866*, S. XIX-LXXVIII, hier S. LV.

80 Das Wahlgesetz vom 13.4.1852 bei E.G. Franz - K. Murk (edd), *Verfassungen in Hessen 1807-1946*, Dok. 26, S. 292 ff.

81 E.R. Huber (ed), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, S. 636 f.

82 U. von Nathusius - H. Seier (Bearb.), *Akten und Dokumente zur kurhessischen Parlaments- und Verfassungsgeschichte 1848-1866*, Nr. 79, S. 238 ff. Siehe auch U. von Nathusius, *Kurfürst, Regierung und Landtag im Dauerkonflikt*, S. 476-481.

Unter dem Druck der Bundesversammlung und der Großmächte genehmigte der Kurfürst am 30. Mai 1860 eine teilrevidierte 52er Verfassung und ein liberalisiertes Wahlgesetz[83]. Aber als der parlamentarische Widerstand daraufhin nicht erlosch, im Gegenteil jede Landtagsauflösung eine radikaler ausfallende Neuwahl nach sich zog, schließlich auch noch außerparlamentarischer Druck durch die Agitation des Deutschen Nationalvereins hinzutrat, lenkte Kurfürst Friedrich Wilhelm erneut ein. Das letzte Wort in der kurhessischen Verfassungsangelegenheit bedeutete am 21. Juni 1862 paradoxerweise eine Rückkehr zum Status quo von 1831 mit geringen Ausnahmen[84]. Eine versöhnliche Stimmung zwischen Regent, Regierung und Landtag kehrte dennoch nur zeitweilig ein. Bereits 1866 drohte erneut eine Ministeranklage; im März beschlossen, wurde sie indes von den Zeitereignissen im Juni überholt und überflüssig[85]. Überhaupt zeigte sich der Landtag am Ende recht realitätsblind, meinte doch einer ihrer Protagonisten noch am 15. Juni 1866, dem Vortag des Einmarschs preußischer Truppen in Kurhessen: «Der Bismarck ist eine vorübergehende Person ... Jetzt vielleicht fällt ein Ziegel vom Dach, weg ist er»[86].

V.

Das Kurfürstentum Hessen war ein Land in der konstitutionellen Dauerkrise. Die Phasen ruhiger parlamentarischer und bürokratischer Arbeit blieben insgesamt eher die Ausnahme. Wenn es auch Gesetzesmaterien gab, bei denen eine konfliktfreie Verständigung möglich war, so wurden solche Verfahren meist zeitgleich überschattet von den Auseinandersetzungen über strittige Fragen. Unter diesen permanenten politischen Spannungen zwischen Regierung und Parlament litten natürlich auch Entstehung, Bewahrung und Ausbau der liberalen Verfassung des Jahres 1831. «Der für den konstitutionellen Dualismus notwendige alltägliche Kom-

83 E.G. FRANZ - K. MURK (edd), *Verfassungen in Hessen 1807-1946*, Dok. 27, S. 294-307, und das Wahlgesetz vom gleichen Tag: *ibidem*, Dok. 28, S. 307-313.

84 *Ibidem*, Dok. 29, S. 314 ff.

85 U. VON NATHUSIUS - H. SEIER (Bearb.), *Akten und Dokumente zur kurhessischen Parlaments- und Verfassungsgeschichte 1848-1866*, Nr. 197, 198, S. 475-482.

86 *Ibidem*, Nr. 200, S. 484-491, hier S. 491. Das Zitat des Abgeordneten Heinrich Henkel (siehe Anm. 89) fiel in der Landtagsdebatte über die kurhessische Politik im preußisch-österreichischen Konflikt am 15.6.1866, einen Tag vor dem Einmarsch preußischer Truppen nach Kurhessen und gut zwei Wochen vor der österreichischen Niederlage bei Königgrätz.

promiß»[87] fehlte nahezu gänzlich. Kurhessen war beherrscht von einem Verfassungskonflikt in Permanenz[88].

Um so erstaunlicher mag es scheinen, daß es gelang, die liberale kurhessische Verfassung von 1831 immerhin über bald zwei Jahrzehnte unverändert zu erhalten. Solange galt es für die politischen Akteure, mit den liberalen Errungenschaften zu leben, sie, wo nötig, auszubauen oder sie, wenn möglich, einzuschränken. Das Problem der gültigen Verfassungsinterpretation blieb dabei offen, es war eine Macht-, aber auch eine Rechtsfrage. In beiden Fällen saßen Regent und Regierung, dem monarchischen Konstitutionalismus entsprechend, am längeren Hebel. Der liberale Abgeordnete Heinrich Henkel[89] kommentierte 1866 ernüchtert: «Wo keine Macht ist, da hat man auch kein Recht; das haben wir gerade an der kurhessischen Verfassung erfahren. Wir hatten die brillanteste Verfassung, aber über Nacht war sie weg, weil wir keine Macht hatten»[90].

Trotz der Nachteile im «System 'hinkender Gewaltenteilung'»[91] gelang es dem Landtag, den Konstitutionalismus über Strecken instabil zu halten, dem faulen Kompromiß auszuweichen und den Kampf zu suchen. Die Entwicklungsschübe der parlamentarischen Geschichte Kurhessens erfolgten sehr häufig abrupt und keineswegs gleichgerichtet. Dabei wurden die Extreme eher gesucht als gemieden. Dies machte die Beziehungen zwischen Legislative und Konstitution auf Dauer prekär und konfliktreich. Von einem ausbalancierten System des monarchischen Konstitutionalismus,

87 M. KIRSCH, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp – Frankreich im Vergleich* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, 150), Göttingen 1999, S. 391.

88 Dementsprechend die Titel der Studien von U. VON NATHUSIUS, *Kurfürst, Regierung und Landtag im Dauerkonflikt*, sowie E. GROTHE, *Konstitutionalismus in der Dauerkrise.*

89 Heinrich Henkel (1802-1873): 1825 Obergerichtsanwalt in Marburg; 1830 in Kassel; später erneut in Marburg; 1833, 1845-1850 und 1862-1866 Mitglied der kurhessischen Ständeversammlung; 1848/49 Mitglied der Frankfurter Nationalversammlung (Württemberger Hof); danach auch Mitglied des Gothaer und des Erfurter Parlaments. Ph. LOSCH, *Heinrich Henkel (1802-1873) / Politiker*, in I. SCHNACK (ed), *Lebensbilder aus Kurhessen und Waldeck 1830-1930*, Bd. 2 (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Hessen, 20/2), Marburg 1940, S. 204-207.

90 Vgl. oben, Anm. 86.

91 H. BRANDT, *Landständische Repräsentation im deutschen Vormärz. Politisches Denken im Einflußfeld des monarchischen Prinzips* (Politica, 31), Neuwied - Berlin 1968, S. 45 f.

das jenseits aller unvermeidlichen Spannungen langfristige Stabilität besaß, konnte man in Kurhessen zu keinem Zeitpunkt sprechen[92].

Der kurhessische Landtag spielte in den 35 Jahren seiner Existenz eine äußerst aktive, nicht immer allerdings eine glückliche Rolle. 1831 war sein erfolgreichstes Jahr. Mit Hassenpflugs Amtsantritt 1832 stellten sich die ersten Rückschläge ein. Nach dem Scheitern der Ministeranklagen befand sich der Landtag seit Ende der dreißiger Jahre in der Defensive. Dies änderte sich erst 1848, aber auch nur für zwei Jahre. Nach 1850 schlug jenes Pendel, das Kurhessen 1831 nach vorn gebracht hatte, in die entgegengesetzte Richtung aus. Der Kurstaat wurde geradezu zum Symbol der Reaktion. Der Kasseler Landtag hat in dieser Periode dennoch eine wichtige Rolle gespielt: als hervorstechendes Element der Kontinuität, als Mahner und als Anstoßgeber. Daß am Ende seine Bemühungen um die Verfassung abrupt endeten, hatte bekanntlich externe Ursachen und nichts mit seiner zentralen Funktion im konstitutionellen System zu tun.

92 Vgl. das Resümee bei E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 533 f.

Una questione mal posta a proposito del regime statutario: le prerogative regie in campo legislativo

di *Paolo Colombo*

1. *Una breve premessa generale*

«J'appelle *faculté de statuer*, le droit d'ordonner par soi même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle *faculté d'empêcher*, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre; ce qui étoit la puissance des tribuns de Rome. Et quoique celui qui a la faculté d'empêcher puisse avoir aussi le droit d'approuver, pour lors cette approbation n'est autre chose qu'une déclaration qu'il ne fait point d'usage de sa faculté d'empêcher, et dérive de cette faculté».

Quando Montesquieu scrive questo passaggio del famoso capitolo 6, libro XI, dell'*Esprit des lois* sta preparando la descrizione di un sistema di poteri divisi, dove il legislativo non deve mai potersi convocare o prorogare da sé e, più in generale, deve sempre essere limitato dall'esecutivo. Con quelle pagine, cade sul terreno costituzionale europeo un seme destinato a radicarsi profondamente. Così profondamente che neppure il progressivo evolversi, moltiplicarsi e precisarsi delle figure governative (il capo dello Stato, il Gabinetto, il presidente del Consiglio, i sempre più numerosi ministri ecc.) all'interno degli assetti istituzionali del continente genera un ambiente istituzionale sfavorevole ai suoi sviluppi.

Ma Montesquieu, come è noto, scrive l'undicesimo libro dello *Spirito delle leggi* per raccontare ciò che ha visto oltremanica, e non ha nessuna intenzione di trasformare la sua descrizione in un precetto vincolante per il futuro di sistemi politici diversi da quello consuetudinario britannico. Accadrà invece che i suoi lettori settecenteschi e ottocenteschi finiranno per dimenticare di tenere nel giusto conto la teoria geo-climatica dei regimi (per la quale ciascun sistema è strettamente vincolato al territorio sul quale è sorto) del barone di La Brède e tramuteranno quel libro XI nel modello cui far in buona parte tendere i nuovi apparati partoriti dalle costituzioni scritte. Né sarà questa l'unica dimenticanza: a risultare in fondo trascurato sarà pure il senso di quel passo – poco sopra citato – in cui Montesquieu avverte lucidamente che nessuna prerogativa costituzionale

è arma a un solo taglio e che l'impiegarla così come il decidere di non avvalersene produce comunque effetti rilevanti.

Eppure, il XIX secolo è il secolo delle monarchie costituzionali: regimi che – pressoché inevitabilmente, data la sostanziale mancanza di altri esempi praticabili – guardano al regno inglese per trovar lumi circa un loro innovabile futuro istituzionale. Detto che il complesso intreccio delle prerogative del capo dello Stato nei diversi campi d'azione (legislativo, esecutivo, giudiziario ecc.) e l'ambiguo legame di queste con quelle del governo e dei ministri si presenta ben lontano dell'essere completamente sciolto a tutt'oggi (si pensi solo ai delicatissimi spostamenti di peso nella bilancia dei poteri del presidente e del *premier* che ancora caratterizzano il funzionamento del sistema semi-presidenziale francese), va sottolineato che l'influsso delle attribuzioni regie in ambito legislativo gioca proprio nella fase storica delle monarchie ottocentesche un ruolo decisivo.

E, anticipiamolo subito, l'esperienza statutaria, prima piemontese e poi italiana, non fa eccezione. Ma essa si inserisce appunto all'interno di un più generale quadro evolutivo di sistemi politici europei che, in cammino verso la parlamentarizzazione e la democratizzazione, sostano per una lunga fase (la cui durata oscilla, a seconda delle vicissitudini storiche e delle aree geografiche, intorno al secolo) nella forma monarchico-costituzionale. Si tratta di una fase che – dal punto di vista della storia delle istituzioni politiche e, ancor più precisamente, da quello della storia costituzionale – ha ricevuto attenzione scarsa o, detto altrimenti, eccessivamente 'settoriale', cioè mirata quasi ossessivamente su alcuni temi (l'instaurarsi della forma di governo parlamentare, l'avvento dei partiti, l'emanciparsi delle Camere come sede principale della politica democratica ecc.) a scapito di altri non meno centrali.

È il caso del ruolo costituzionale del capo dello Stato e dei suoi rapporti con gli altri poteri costituiti, *in primis* l'assemblea rappresentativa. Che questo punto sia stato sostanzialmente tralasciato dagli studiosi dovrebbe sorprendere, visto che – come detto – per tutto l'Ottocento l'Europa si dà con poche eccezioni governi monarchici, vale a dire affida il proprio ordine politico a regimi che ricevono la loro qualifica essenziale per l'appunto dalla presenza di un tipo ben specifico di capo dello Stato: il monarca ereditario. In chiave strettamente costituzionale, tuttavia, questo fattore ha giocato in senso sfavorevole, suggerendo di considerare la presenza del monarca in qualche maniera 'scontata', e dunque non meritevole di approfondimenti. In un'ottica più genericamente storica, il risultato è stato il medesimo, perché si finiva per leggere la vicenda ottocentesca

come un ponte tra la 'fuga in avanti' attuata alla fine del Settecento dalla Rivoluzione francese e il suo punto di arrivo rappresentato dall'affermarsi delle via via più consolidate democrazie novecentesche. L'esperienza delle monarchie costituzionali veniva letta come una parentesi nel processo di distacco dall'antico regime: assolutistico e, appunto, monarchico. Dopo il tentativo – obbligato e forse proprio per questo traumaticamente fallito nel biennio 1789-1791 – di includere il re all'interno della novità costituzionale, le energie dei *révolutionnaires* apparivano – ma sovente solo alla superficie, se si fosse ben guardato – a tal punto assorbite dalla precisazione dell'identità parlamentare e delle funzioni elettivo-rappresentative da indurre a ritenere marginali le altre componenti istituzionali. Non ci si accorgeva, però, che in questo modo si scavalcava con *nonchalance* una vistosissima lacuna: i costituenti rivoluzionari e la pratica istituzionale da essi alimentata, infatti, avevano lasciate sostanzialmente irrisolte proprio le due grandi questioni del capo dello Stato e del governo[1] – non a caso, per molti aspetti, accavallantesi l'una con l'altra.

Inutile dire che la categoria interpretativa della Restaurazione interveniva ad alimentare ulteriormente tale atteggiamento, laddove dichiaratamente implicava che i regimi post-napoleonici incarnassero un ritorno al passato, un passo indietro nella catena dell'evoluzione politica. Idea, questa, che naturalmente fotografa solo una ristretta parte della realtà storica. Alla luce della storia delle istituzioni politiche, le monarchie 'restaurate' – ma non tutte sono tali: alcune, quella svedese, per esempio, diventano 'costituzionali' prima del 1815 – si mostrano anche sede di rielaborazione, di decantazione, di raffinazione e correzione del portato rivoluzionario: prima di tutto, per l'appunto, in ordine alla questione del capo dello Stato, che proprio le necessità della Restaurazione presentano impellente sul tavolo ove si giocano i destini dell'Europa. In sostanza, si riporta sì indietro l'orologio dell'evoluzione istituzionale, ma non con lo scopo unico di annullarne *in toto* gli effetti, bensì anche per recuperare quello che la frenetica «ossessione costituente» della *révolution*[2] ha costretto a lasciare indietro, e per soffermarsi su quanto – della 'macchina costituzionale' – è stato progettato con troppa fretta o approssimazione.

I poteri costituzionali da attribuire al capo dello Stato sono per l'esattezza una delle questioni vitali che il parricidio perpetrato dai francesi

[1] Su questo punto mi si consenta di rinviare a P. COLOMBO, *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano 1993.

[2] Cfr. R. MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna 2001.

sul patibolo di Luigi XVI – simbolico punto culminante di una sofferta transizione della sovranità – ha sostanzialmente rimosso dalla coscienza costituente della rivoluzione: il trono, anche in questo senso resta «vuoto»[3]. Si tratta di una questione che rimarrà assai complessa, anche a prescindere dall'ovvia aspirazione delle dinastie regnanti a recuperare in seguito quanto più possibile delle potestà riconosciute loro dall'*ancien régime*, perché il peso delle prerogative regie va inevitabilmente ad alterare – e in misura non poco rilevante – gli equilibri costituzionali e influenza la dinamica di funzionamento del sistema di governo.

Eccoci pertanto al punto: se si guarda al caso italiano con gli occhi della maggior parte della storiografia, sembra invece che un settantennio abbondante (se si esclude l'esperienza fascista) di regime monarchico-costituzionale trascorra nella sostanziale latitanza politica del re, il quale si presenterebbe come figura di secondo piano, quasi di sfondo, o addirittura tanto inattiva da risultare pressoché invisibile. Le cose non stanno tuttavia così, ma non si può negare che tali appaiano, almeno a prima vista; il monarca, al contrario, fa valere le proprie prerogative: influenza la scelta dei ministri, legittima i governi anche di fronte all'eventuale opposizione delle Camere, opera autonomamente in politica estera, influisce sull'orientamento dell'indirizzo politico, gestisce l'ambito militare come di propria pressoché esclusiva competenza, tiene contatti ufficiali e ufficiosi con i principali uomini politici, effettua consultazioni ai fini della risoluzione delle crisi governative, scioglie talvolta queste crisi di propria iniziativa, dirige ripetutamente il Consiglio dei ministri, interviene nella stesura dei discorsi della Corona, sceglie in molti casi i futuri senatori, attribuisce onorificenze *motu proprio*, è formalmente il promotore dei numerosissimi provvedimenti di grazia, indulto e amnistia[4] e si avvale in tutti questi casi della mediazione dei funzionari di vertice della Real Casa, vale a dire di una struttura amministrativa praticamente sottratta a ogni forma di controllo parlamentare[5]. Gli studi più recenti cominciano finalmente a

[3] Cfr. P. Viola, *Il trono vuoto. La transizione della sovranità nella rivoluzione francese*, Torino 1989, specialmente p. 160.

[4] Su questa parte delle prerogative regie – più delicata e rilevante, anche solo in termini 'propagandistici', di quanto solitamente si faccia notare, eppure assai poco studiata – si veda il lavoro di T.L. Rizzo, *Il Potere di grazia del Capo dello Stato dalla Monarchia alla Repubblica*, in «Rivista della Guardia di Finanza», s.d. (ma 1998).

[5] Su tutti questi punti e, in generale, sul ruolo attivo giocato dalla Corona nel sistema statutario, rimando a P. Colombo, *Il re d'Italia. Prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)*, Milano 1999. Specificamente, poi, sulla Real Casa sabauda, cfr. anche R. Antonelli, *Il Ministero della Real Casa dal 1848 al 1946* (Segretariato Generale

costruirsi con sempre meno esitazioni sull'idea che «la monarchia sabauda non ha mai esitato a intervenire pesantemente, schierandosi, con gli esiti e con le conseguenze che tutti ben conosciamo»[6]. Eppure, si tratta in fondo di fresche acquisizioni, mentre la «pesantezza» di tale intervento non veniva sorprendentemente rilevata dalle analisi più risalenti: forse perché avevano perso troppo rapidamente memoria della lezione del barone Montesquieu.

2. *Un sillogismo erroneo*

Dove è celata la distanza tra l'apparenza e la realtà? Già in buona parte lo rivela, a ben vedere, un passo scritto da Attilio Brunialti nel 1886 in prefazione a uno dei volumi pubblicati nella «Biblioteca di Scienze Politiche» da lui diretta. Brunialti afferma che se Vittorio Emanuele II «esercitò spesso un'azione personale, questa rado apparì, e perciò non ebbe alcuna influenza sullo sviluppo del sistema parlamentare»[7].

Il re 'non si vede' agire: in conseguenza di ciò, la sua presenza sarebbe ininfluente ai fini dell'evoluzione del sistema istituzionale. Si tratta di un'argomentazione che – anche a semplice rigor di logica, come è facile intuire – resta tutta da dimostrare: il fatto che qualche cosa non sia visibile, non significa di per sé che sia priva di effetti. E si tenga presente che Brunialti, quando scrive, ha vissuto sotto il regno sia di Vittorio Emanuele II sia di Umberto I, ha sotto gli occhi il concreto funzionamento del

della Presidenza della Repubblica, Servizio Biblioteca e documentazione, Quaderni di documentazione), Roma 1990 e, sulla dotazione regia, T.L. RIZZO, *L'evoluzione storico giuridica della dotazione del Capo dello Stato*, in «Rivista della Guardia di Finanza», s.d. (ma 1996), in particolare pp. 7-15. Non è superfluo richiamare l'attenzione intorno al fatto che quello del controllo delle Camere sulla gestione della Casa Reale rappresenta un terreno di estremo interesse per lo studio dei rapporti fra Corona e Parlamento.

6 Così, ad esempio, le attente osservazioni di Filippo Mazzonis, peraltro limitate all'eventualità della risoluzione di crisi governative non gestibili attraverso i meccanismi del sistema parlamentare (F. MAZZONIS, *La monarchia sabauda*, in U. LEVRA [ed], *Il Piemonte alle soglie del 1848*, Torino 1999, pp. 149-180, in particolare p. 180). Anche F. ROSSI, *Saggio sul sistema politico dell'Italia liberale. Procedure fiduciarie e sistema dei partiti fra Otto e Novecento*, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2001, p. 26, parla di «peso rilevante e addirittura decisivo» della Corona sull'indirizzo politico di governo; è significativo che Rossi approdi a questa conclusione partendo non da un'analisi del ruolo del capo dello Stato, ma dal lato opposto, da quel «versante parlamentare» del dualistico sistema statutario che costituisce il punto focale del suo studio.

7 A. BRUNIALTI, *Il Governo parlamentare in Inghilterra e in Italia*, prefazione ad A. TODD, *Il Governo parlamentare in Inghilterra*, Torino 1886, pp. V-CIX, qui p. LXXI.

regime statutario, e ne fa esperienza politica diretta in qualità di membro del Consiglio di Stato e di deputato: parte dunque, se non altro, dalla constatazione di una probabile azione personale da parte del monarca, per quanto poi la 'mimetizzi' all'interno di un ragionamento teso a minimizzarne la portata. Anche questo, seppur parziale, aggancio con la realtà istituzionale scompare invece in seguito, nel sillogismo interpretativo che si legge in filigrana alla vulgata accettata dalla storiografia in ordine al funzionamento del sistema statutario. Il re non si vede agire, se non eccezionalmente; il re coincide con la Corona; dunque la Corona è inattiva e (in linea con l'argomentazione brunaltiana) ininfluente, tranne in casi straordinari che non farebbero altro se non confermare la regola. A pochissimi viene in mente (o pochissimi si sentono di dire) che quei casi possano essere la punta di un iceberg sommerso. In definitiva, le prerogative regie risulterebbero così una sorta di residuo di antico regime in via di, seppur lenta, estinzione.

Ma, come spesso avviene per i ragionamenti troppo assertivi, anche questo nasconde imprecisioni che ne inficiano la validità. Non solo è scorretta la premessa iniziale (il re agisce: in misura maggiore o minore a seconda delle contingenze storiche, con modalità dipendenti dalle variabili psicologiche e caratteriali dei personaggi in gioco, con forme sovente differenti rispetto agli altri poteri politici, ma agisce), ma anche la seconda non ha ragion d'essere: il re non coincide con la Corona. Si tratta di due soggetti distinti, che solo in parte si sovrappongono. Il re è la persona; la Corona è l'istituzione. La confusione tra i due è notevole, e comprensibile, ma non tale da autorizzare l'assimilazione totale dell'uno all'altra (o viceversa)[8]. Anzi: tale assimilazione contribuisce solamente ad aggrovigliare ancor di più la matassa. Esistono infatti prerogative del monarca in quanto persona e prerogative della Corona in quanto istituzione e volerle unificare senza distinzioni rappresenta una inaccettabile deformazione della realtà istituzionale.

Dunque, come insegnano le regole della logica, se le due premesse di un sillogismo sono erronee, la conclusione ha altissime probabilità di risultare ingannevole. E qui di seguito si intende proprio mostrare – attraverso l'analisi di alcune prerogative regie connesse all'ambito legislativo e parlamentare – come non si possa trarre l'ininfluenza della Corona dalla scarsa visibilità in prima persona del re sulla scena politica.

[8] Cfr. P. COLOMBO, *La Corona nell'esperienza costituzionale italiana: contributo per la storia di un'istituzione*, in «Storia Amministrazione Costituzione», 3, 1995, pp. 151-189, specialmente pp. 154-157.

Riassumendo: l'immagine della Corona proposta di solito all'interno del regime statutario è quella di un soggetto sostanzialmente passivo, poco o nulla presente nelle dinamiche politico-istituzionali di maggior rilievo. Tale impostazione pecca di una qualche miopia, di una certa pigrizia a guardare più in profondità. Se si compie questo sforzo, invece, si percepisce come sia fisiologico e addirittura funzionale ai regimi monarchico-costituzionali ottocenteschi che le prerogative regie non vengano per lo più esercitate dal re in prima persona in maniera visibile. Detto altrimenti, la ridotta visibilità del re e della Corona è del tutto naturale, è consustanziale – potremmo dire – alla monarchia statutaria, ma non equivale all'assenza di un influsso regio sull'andamento politico del Paese.

A produrre questo effetto apparentemente paradossale concorrono vari fattori. Il primo, come si è detto, è che re (persona) e Corona (istituzione) sono soggetti distinti, solo in parte sovrapponentisi tra loro. Il secondo sta negli attributi riconosciuti esplicitamente e implicitamente al re dall'articolo 4 dello Statuto («la persona del Re è sacra e inviolabile»): la sacralità, l'inviolabilità, l'irresponsabilità. Non è difficile presentare tali attribuiti (soprattutto la sacralità) come un relitto del naufragio assolutistico[9]: ma lo si può fare a patto di riconoscere anche che quel 'relitto' viene recuperato e riutilizzato poi quale componente fondante del sistema costituzionale monarchico.

È fin ovvio che un capo dello Stato ereditario non possa essere messo in discussione per le sue eventuali responsabilità intorno a contingenti atti politici. Il terzo è immediatamente collegato con il precedente: l'irresponsabilità politica del re è assicurata tramite un artifizio istituzionale che rappresenta un altro 'pezzo' fondamentale delle monarchie costituzionali: la 'copertura ministeriale'. Non può esistere, in linea teorica, atto regio privo della controfirma del ministro competente per la materia che vi viene trattata, il quale ne assume la responsabilità. La pratica, poi, va come sempre ben oltre la teoria. Esistono così aree decisionali dove il monarca si muove in pressoché totale autonomia adottando provvedimenti attraverso i cosiddetti 'decreti non pubblicati' che spesso portano in calce la controfirma di un alto funzionario della Real Casa, cioè di una figura dipendente direttamente da Sua Maestà e non sindacabile dal parlamento, e in ogni caso non rispettano le normali regole di 'pubblicità' dei decreti regi. Ma, nell'insieme, la 'copertura' funziona ed esclude per definizione la visibilità del re, anche se talvolta può essere rovesciata per

[9] Cfr. G. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino 1913, p. 422.

'nascondere' i ministri dietro alla volontà regia. Il quarto fattore sta nella volontà, coerente con quanto detto finora e insita nel progetto statutario, di sottrarre buona parte delle funzioni corrispondenti alle prerogative della Corona alle dinamiche dei 'normali' conflitti politici e 'partitici': che ciò portasse a isolarle nell'esercizio di un potere neutro *super partes*, come sostiene con qualche ragione ma non senza colpevole approssimazione la dottrina, o più semplicemente le riservasse a un ambito dove i contrasti si risolvevano secondo modalità diverse (ad esempio attraverso il continuo e latente – dunque mai visibile – confrontarsi delle volontà ministeriale e parlamentare con quella regia, cui si accennerà tra poco), è un'alternativa non immediatamente rilevante ai fini del discorso che si vuole qui svolgere. In ogni caso, pretendere di decidere se gli atti della Corona sono voluti esattamente dal re oppure dai suoi ministri (e non bisognerebbe in proposito trascurare l'ipotesi che pesi talvolta la volontà anche di altri soggetti, ad esempio dei funzionari della Real Casa) dà vita a un falso problema: il momento della volizione resta per definizione in ombra. I decreti regi nascono con l'approvazione del monarca e del ministro: i contrasti tra i due – pur frequenti, pur rilevanti – non trovano spazi di visibilità istituzionale e politica e si risolvono, di necessità preventivamente, al di fuori dei luoghi pubblici di dibattito.

La Corona, dunque, è per sua stessa natura un organo costituzionale il quale vede le proprie prerogative per lo più 'formalmente' esercitate o da altri poteri o attraverso la collaborazione con essi[10]: l'aspirazione a vederla apertamente agire nell'individuo che la incarna – il monarca – è destinata ad andare quasi sempre delusa e conduce a interpretazioni storiche distorte. Far coincidere la costituzionalizzazione del regime monarchico sabaudo, attuatasi attraverso la concessione albertina del marzo 1848, con una sensibile riduzione dei poteri regi è, in particolare, operazione solo molto parzialmente corretta. Si può tornare, in proposito, alle parole di Attilio Brunialti: «giuridicamente, le prerogative concesse alla Corona non furono abrogate o menomate, bensì vennero esercitate quasi tutte col mezzo del Gabinetto»[11].

[10] Si tratta di un fenomeno politico e istituzionale che fatica ad esaurirsi nelle comunque troppo rigide schematizzazioni dell'atto 'complesso' o di quello 'collettivo' messe a punto dal diritto costituzionale: cfr. U. BORSI, *Complesso (Atto)*, in *Nuovo Digesto italiano*, III, Torino 1938, pp. 478-480.

[11] A. BRUNIALTI, *Il Governo parlamentare in Inghilterra e in Italia*, cit., p. LXX.

3. *L'azione invisibile*

Brunialti non scrive che le prerogative del re sono state 'trasferite' al Gabinetto o sono state da questo 'usurpate'; afferma invece chiaramente che il Consiglio governativo è il «mezzo» per esercitarle. Simili sfumature lessicali non sono irrilevanti. Inoltre, si tenga presente che il direttore della «Biblioteca di Scienze politiche» sta tentando, mentre scrive, un non agevole parallelo tra la monarchia parlamentare inglese e quella italiana che egli rafforza con l'impiego in ambo i casi del termine, dal forte sapore britannico, di «Gabinetto»: per il sistema sabaudo sarebbe probabilmente stato più opportuno parlare di prerogative regie esercitate per mezzo dei 'ministri', ma la sostanza dell'intuizione resta corretta. Lo si vede abbastanza chiaramente in una delle attribuzioni più rilevanti riconosciute al re in campo legislativo, quella dell'iniziativa.

Come noto, l'art. 10 dello Statuto assegna tale potere tanto al monarca quanto alle Camere («La proposizione delle leggi apparterrà al Re ed a ciascuna delle due Camere. Però ogni legge d'imposizione di tributi, o di approvazione dei bilanci e dei conti dello Stato sarà presentata alla Camera dei Deputati»): ci si potrebbe dunque attendere una Corona che si fa promotrice di disegni di legge, o un re che avanza *motu proprio* proposte normative. Non imbattendosi in niente del genere, ci si sentirebbe legittimati a concludere che Sua Maestà trascura i propri compiti costituzionali, almeno in questo settore. Ma, nella realtà, le cose stanno diversamente.

L'attività legislativa delle Camere sabaude è alimentata non per nulla, nella maggior parte dei casi, da disegni di legge governativi e non da progetti parlamentari[12]. Il rapporto è addirittura di uno a cinque in favore dei primi sui secondi[13]. Questo travolgente flusso di proposte trova origine in decreti regi di autorizzazione ai ministri a presentare disegni di legge di

[12] Si veda S. LABRIOLA, *Storia della Costituzione italiana*, Napoli 1995, p. 134.

[13] Per Ippolito Santangelo Spoto – *Parlamento*, in *Il Digesto Italiano*, XVIII, parte I, Torino 1906-1910, pp. 117-357, pp. 219-220 – l'iniziativa della Corona «per consuetudine è la prevalente». Spoto riporta una dettagliata tabella delle iniziative legislative, governative e parlamentari, relative alla XX, XXI e XXI legislatura ove si nota che il rapporto oscilla in effetti intorno al valore di 1 a 5, ma crolla drasticamente se si valutano non le proposte semplicemente avanzate ma quelle giunte realmente all'approvazione. Pure per F. RACIOPPI - I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, 3 voll., Torino 1901-1909, I, p. 486, «l'iniziativa delle Camere si riduce ad un mero ufficio secondario e sussidiario, quasi a stimolo o a correttivo delle tarde o manchevoli iniziative del Governo». In proposito, cfr. anche E. CROSA, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, Torino 1922, pp. 73-74.

fronte alle Camere[14]. Si tratta – non è superfluo sottolinearlo – di decreti 'non pubblicati' e, con il tempo, si afferma altresì l'idea che occorra un apposito decreto di autorizzazione regia anche per il ritiro di un disegno di legge. È del tutto evidente che, sulla base di siffatti presupposti, i ministri non potranno avanzare le proposte legislative come se fossero volute dalla Corona, ma dovranno presentarle come di propria esclusiva iniziativa. Non è qui in questione – come già osservato – l'effettiva titolarità di tale iniziativa (regia o ministeriale?), la cui ricerca condurrebbe in un intrico di casi minuti e specifici difficilissimo da dipanare: rileva piuttosto notare che è la prerogativa regia ad essere operativa e ben vivace sotto il velo della 'copertura' garantita costituzionalmente dai ministri a un re che si guarda bene dall'esporsi in prima persona.

Nella logica che presiede al funzionamento del sistema statutario – e che si riassume emblematicamente nel divieto normativo a far risalire pubblicamente alla «Sacra persona» del monarca il biasimo o la responsabilità di un qualunque atto di governo[15] – è cioè inaccettabile che un eventuale disegno legislativo di iniziativa regia possa essere criticato o discusso o addirittura rigettato: la volontà regale si troverebbe trascinata nel basso gioco degli scontri di fazione e il prestigio della Corona ne verrebbe irrimediabilmente sminuito[16]. Dunque il re deve evitare i rischi del fuoco di prima linea della battaglia politica.

D'altro canto, un ministro che si presenti alle Camere dichiarando che la proposta legislativa della quale si fa promotore è in realtà frutto della volontà del capo dello Stato potrebbe avere due sole ragioni nell'agire: o sta tentando di trincerarsi dietro l'inviolabilità regia, di modo che l'arma del sindacato parlamentare sia disinnescata prima ancora di poterlo col-

[14] Il testo-tipo del decreto di autorizzazione è riportato in F. Racioppi - I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., I, p. 479: «Visto l'art. 10 dello Statuto fondamentale del Regno: Sulla proposta del Nostro Ministro Segretario di Stato per... Abbiamo decretato e decretiamo: Il predetto Nostro Ministro proponente è incaricato di presentare al Parlamento un disegno di legge per ... e di sostenerne la discussione».

[15] Così disponeva già l'art. 20 del regio editto sulla stampa del 26 marzo 1848, n. 695: «Chiunque farà risalire alla Sacra persona del Re il biasimo o la responsabilità degli atti del suo Governo, sarà punito col carcere da un mese ad un anno e con una multa da lire 100 a 1000» (cfr. *Raccolta degli atti del Governo di Sua Maestà il Re di Sardegna*, XVI, Torino, Stamperia Reale, 1848, pp. 233-260). La disposizione si ritroverà nell'art. 125 del codice penale del 1889, e nell'art. 279 di quello del 1930.

[16] Cfr. ad esempio P. Padoa, *Il Re nel governo rappresentativo*, Bologna 1886, p. 62: «è a temere sorga motivo d'offesa al decoro della Corona, quante volte una proposta regia non venga accolta intera».

pire (ed è un'ipotesi che si verifica, a dimostrazione della 'reversibilità' del meccanismo di copertura ministeriale, ma assai di rado, e in casi abbastanza ben identificabili[17]), oppure sta portando in pubblico un grave dissidio tra sé (o l'intero governo) e il monarca: dissidio in conseguenza del quale – dichiara implicitamente – non è disposto a far propria l'iniziativa di Sua Maestà. Quest'ultimo atteggiamento appare – oltre che di scarsissima utilità pratica – assai poco probabile. Vediamo in che senso. I ministri non traggono tendenzialmente alcun vantaggio dall'entrare in palese contrasto con il supremo organo dello Stato: certo non in termini di prestigio, né dal punto di vista della propria forza e stabilità politica posto che essi operano all'interno di un sistema che rende indicativamente necessaria alla compagine governativa una 'doppia' fiducia (regia e parlamentare). L'eventuale controversia appare poi persa in partenza (il re non può essere sanzionato, redarguito, indotto pubblicamente a mutare orientamento o, tantomeno, destituito) e il ministro, per di più, dimostra di non essere stato capace di muoversi in sintonia con il vertice statale – che, per Statuto, coincide anche con il suo superiore gerarchico – escogitando un'efficace soluzione di compromesso, mediando i diversi interessi in gioco, ottemperando ai desideri del supremo interprete dell'opinione popolare e della volontà nazionale. Giacché anche questo è compito di chi entra a far parte – con il beneplacito della Corona, non lo si dimentichi – della formazione governativa.

E qui sta il punto, dal momento che il processo di avvicinamento tra la volontà ministeriale e quella regia avviene al di fuori dell'area di visibilità della politica statutaria. È nell'interesse dei ministri evitare preventivamente ogni fonte di contrasto con il monarca. Colloqui privati, incontri ufficiali, corrispondenze, occasioni mondane, riunioni bisettimanali per la firma dei decreti da parte del sovrano, adunanze di Consiglio presiedute saltuariamente da Sua Maestà, scambi di opinioni e indiscrezioni con i funzionari di Casa Reale: sono, tutte queste, circostanze atte a suggerire ai titolari dei diversi dicasteri la strada da percorrere per andare incontro ai desideri della Corona. E quand'anche non si potesse evitare una

17 Non ci si può stupire se un esempio particolarmente evidente viene da Francesco Crispi, uomo politico notoriamente poco scrupoloso nelle questioni formali e di etichetta. Domandando che venisse approvato un disegno di legge relativo all'appannaggio del defunto principe Amedeo, ex re di Spagna, l'allora presidente del Consiglio così si rivolse alla Camera: «L'articolo 3 del nostro Statuto sapete meglio di me quello che dice: la iniziativa delle leggi è del Re e delle due Camere; quindi, la volontà reale può e deve manifestarsi nelle Camere; e noi, proponendo le leggi, non siamo che degli interpreti del pensiero reale». Si veda *Atti parlamentari. Camera dei deputati. Discussioni*, XVI leg., IV sess., II, p. 1444 (seduta del 3 marzo 1890).

divergenza, questa verrà sanata in separata sede, per vie più o meno drastiche[18], prima di esporsi al giudizio delle Camere[19].

A questo punto risulta più chiaro un altro aspetto lasciato di norma nell'ombra, e di conseguenza male interpretato, dalle analisi delle prerogative regie in campo legislativo svolte dai costituzionalisti. Si obietta di solito a proposito del potere di sanzione, infatti, che non viene praticamente mai esercitato[20] e che risulta perciò vuoto di rilevanza politica[21]. Ma anche in questo caso ci troviamo in presenza di un 'accavallamento' argomentativo che conduce a una lettura contorta della trama istituzionale. La prerogativa fissata formalmente dall'art. 7 dello Statuto («il Re solo sanziona le leggi») consiste infatti nell'apposizione della firma del monarca ai testi normativi prodotti in Parlamento: firma che attesta l'approvazione regia della legge affiancandola a quella parlamentare. In questo senso la prerogativa viene esercitata non una, ma innumerevoli volte. Si rintracciano a fatica due soli episodi di rifiuto della sanzione (nel 1869 e nel 1891)[22] e

[18] Tra le armi monarchiche più ricorrenti, in tali casi, vi è la minaccia di abdicazione che viene sfoderata non per nulla anche in uno degli esempi più emblematici di contrasto fra re e ministro: quello che, nel 1896, vede protagonisti Umberto I e Cesare Ricotti Magnani. Quest'ultimo, titolare del dicastero della difesa, si fa promotore di una linea di riduzione delle spese militari non condivisa da Sua Maestà; Umberto ordisce allora «una specie di congiura» e mette il 'suo' ministro nelle condizioni di dimettersi (cfr. G. MANACORDA, *Introduzione* a L. PELLOUX, *Quelques souvenirs de ma vie*, Roma 1967, pp. V-XCIX, in particolare pp. XXIII-XXVII e G. CANDELORO, *La crisi di fine secolo e l'età giolittiana* [Storia dell'Italia moderna, VII], Milano 1974, pp. 23-25).

[19] Non mancano di notarlo alcuni tra i commentatori del regime statutario. Si veda ad esempio, P. CASTIGLIONI, *Della Monarchia Parlamentare e dei diritti e doveri del cittadino secondo lo Statuto e le leggi del Piemonte. Trattato popolare con una appendice*, Milano, Tipografia Guglielmini, 2 voll., 1860, II, p. 35: «nei governi veramente parlamentari vi dev'essere tale accordo tra il Re e i ministri e tale rispetto di questi ultimi per il Parlamento e la nazione da doversi considerare il re come parte del Parlamento e solidale di ciò che è votato da esso. Quindi il diritto di veto scompare in virtù dell'accordo, od è esercitato prima che una legge si discuta in Parlamento». In senso analogo si veda anche V. MICELI, *Carattere giuridico del governo costituzionale con speciale riguardo al diritto positivo italiano. Studio I. La Corona*, Perugia, Tipografia Umbra, 1894, p. 107.

[20] Cfr., ad esempio, P. DUCCESCHI, *Prerogative regie*, in *Il Digesto Italiano*, XIX, parte I, Torino 1909-1912, pp. 400-452, in particolare p. 450; A. BRUNIALTI, *Governo*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, VII, parte II, Milano 1935, pp. 293-378, qui p. 348.

[21] T. BRUNO, *Corona*, in *Il Digesto Italiano*, VIII, parte III, Torino 1898-1900, pp. 845-872, qui p. 856.

[22] Si vedano S. CILIBRIZZI, *Storia Parlamentare Politica e Diplomatica d'Italia. Da Novara a Vittorio Veneto*, I-IV, Milano - Roma - Napoli 1925-1934, V-VII, Roma s.d., specificamente I, p. 552; ed E. CROSA, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, cit., p. 82.

ad essi si riferisce la dottrina per giudicare inattiva la Corona su questo fronte. Il cortocircuito è però evidente. Ciò che non si esercita in forma palese non è la prerogativa enunciata all'art. 7, ma il potere che quella sottintende, cioè la possibile negazione della firma che vanifica l'operato del legislatore: in sostanza, una sorta di veto 'ufficioso' che mette il re in grado di controllare l'attività legislativa[23].

Ma, di nuovo, è ingenuo ancor prima che erroneo aspettarsi di trovare tale implicito potere di veto applicato con frequenza e alla luce del sole. Una situazione simile è eccezionale e non ordinaria. Ordinario è l'esercizio della sanzione, che si traduce non a caso in un atto sostanzialmente notarile di accettazione delle leggi. La vera arma che l'art. 7 mette a disposizione della Corona sta nella possibilità di minacciarne il rifiuto: possibilità che consente di attuare una costante 'pressione politica' non visibile da parte del re sui ministri, principali artefici di progetti legislativi che vengono così 'filtrati' dalla Corona. Fin superfluo diventa allora notare come, in una specie di circolo virtuoso attivantesi nei rapporti fra capo dello Stato e governo, questa pressione aumenti ancor di più la 'coerenza' tra i disegni di legge ministeriali e i *desiderata* del monarca. Se l'intero meccanismo funziona, dunque, è del tutto logico non avere mai sotto gli occhi il concreto rigetto regio di una legge, perché ad operare sarà la minaccia – anche implicita – di esercitarlo. Le proposte portate dal governo alle Camere saranno già passate al setaccio della Corona che, quando se le ritroverà davanti trasformate in leggi, non avrà praticamente mai motivo di respingerle[24]. Merita sottolineare che l'azione regia si esplica ancora fuori della portata visiva di un osservatore esterno. Appare opportuno anche soffermarsi su un ulteriore fattore legato ai progetti di legge avanzati dal potere esecutivo, perché chiama in causa una figura quasi sempre trascurata dalle analisi di taglio istituzionale: quella dei commissari regi. Almeno fin verso gli anni Ottanta[25], ma con maggior frequenza nei

[23] E. Crosa, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, cit., p. 79.

[24] Poche le voci di costituzionalisti che si soffermino a commentare tali aspetti: tra queste, particolarmente nitida è quella di C. Esposito, *Legge*, in *Nuovo Digesto italiano*, VII, Torino 1938, pp. 719-736, in particolare p. 724: «La ... affermazione che il potere di rifiutare la sanzione sia caduto in desuetudine, perché il Re suole sanzionare le leggi approvate dalle Camere, neanche corrisponde alla realtà del nostro diritto in cui non mancano casi di rifiuto di sanzioni nella rara ipotesi che non siano state evitate la iniziativa, la discussione o l'approvazione del Parlamento su un progetto di legge non gradito al Re o al suo Governo».

[25] Così rivelano i documenti d'archivio che ci parlano di nomine di commissari regi ancora nel marzo, giugno e dicembre 1889: si veda Archivio Storico del Senato, *Atti di protocollo - anni 1889-1890 - Titolo I - Senato del Regno - Segreteria - Decreti Reali.*

decenni iniziali dell'esperienza statutaria, è prassi invalsa, e in nessun modo confortata dal dettame costituzionale, che il re nomini con decreto 'non pubblicato'[26] dei rappresentanti ministeriali, incaricandoli di discutere in parlamento – soprattutto in Senato – specifici progetti di legge che per lo più richiedano particolari competenze tecniche[27].

Effettivamente, si parla in proposito anche di commissari 'governativi', ma non si deve per ciò credere che si tratti di semplici *alter ego* di ministri troppo indaffarati, eccessivamente svogliati e o poco ferrati in materia. Basti pensare che 'commissario regio' è anche colui che sostituisce direttamente il re, quando è impossibilitato a presentarsi davanti alle Camere nei casi eccezionali in cui lo fa di persona, vale a dire per la lettura dei discorsi della Corona che aprono ogni sessione parlamentare. Si danno casi concreti in cui ciò si verifica: e non di marginale importanza se si considera per esempio che il discorso tenuto di fronte al primo parlamento subalpino – nel maggio 1848, un momento fondamentale per la storia e la retorica del Risorgimento italiano – viene letto dal principe Eugenio di Carignano, 'commissario' di Carlo Alberto, impegnato al fronte. Se si tiene poi presente che i commissari vengono per la maggior parte scelti tra i senatori, i funzionari superiori o gli alti gradi militari (e che diversi tra loro non ancora insigniti da parte del re del laticlavio se lo vedono in seguito assegnare), si colgono senza difficoltà i tratti di marcata contiguità che li legano agli ambienti di Corte. Certo, sarebbe sorprendente, e per non pochi aspetti disdicevole, che Sua maestà si scomodasse per partecipare in prima persona alla discussione parlamentare di un progetto di legge, ma anche il caso dei commissari regi segnala una forma di azione della Corona 'velata', 'coperta', 'protetta' da altre figure istituzionali.

4. *L'opposizione passiva*

Le prerogative della Corona in campo legislativo non si fermano all'iniziativa e alla sanzione. L'*iter* di una legge, infatti, prosegue oltre l'apposizione della firma regia e richiede altri provvedimenti che hanno sempre il capo dello Stato come protagonista. Vengono in gioco, cioè, la promulgazione

[26] Decreto che però, in tale frangente, deve essere letto di fronte alla Camera di destinazione del commissario perché questi possa intervenire alle sue sedute.

[27] Su caratteristiche e funzioni dei commissari regi cfr. F. RACIOPPI - I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., III, pp. 159-162 e M. MANCINI - U. GALEOTTI, *Norme ed usi del Parlamento italiano. Trattato pratico di diritto e procedura parlamentare*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1887, pp. 155-159.

e la pubblicazione. Dal punto di vista formale, va detto subito che il quadro relativo a tali atti è poco limpido. Essi sono accomunati tra loro dalle analisi giuspubblicistiche tanto strettamente da generare spesso confusione sulla loro reciproca identità, quasi che l'uno (il pubblicare) si risolva nell'altro (il promulgare)[28]. E lo Statuto non contribuisce a ridurre la confusione. Lo stesso art. 7 che attribuisce al re la sanzione gli riserva difatti la promulgazione delle leggi, senza però che si rintraccino nella Carta albertina dettami relativi alla pubblicazione, cosicché il promulgare una legge sembrerebbe implicarne la pubblicazione. Eppure, nella realtà, le due disposizioni sono ben distinte, e come tali le considererà la legislazione ordinaria[29]: l'una rende esecutoria la norma (il monarca constata cioè l'approvazione della legge da parte delle Camere, dichiara di averla sanzionata, ne notifica il testo, ordina di inserirla nella *Raccolta ufficiale* e di osservarla e farla osservare come legge dello Stato[30]) e l'altra la rende obbligatoria per tutti i cittadini (da quel momento messi in grado di prenderne concretamente e agevolmente conoscenza).

Non è di poca rilevanza notare che siamo in presenza di due manifestazioni distinte del potere regio[31]. Il quadro offerto dalla promulgazione e dalla pubblicazione regie, infatti, non sembrerebbe nascondere poteri di gran peso: eppure l'impressione è solo parzialmente corretta. Già lo rivela un momento assai interessante della storia costituzionale subalpina, quando, il 4 settembre 1849, la Camera censura un provvedimento di promulgazione intercorso più di due mesi dopo l'approvazione della legge. Il dibattito si svolge in punta di interpretazione costituzionale, ruotando attorno al disposto dell'art. 3 («il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere; il Senato, quella dei Deputati») e centrandosi più esattamente su quell'avverbio («collettivamente») che può indicare sia contemporaneità cronologica sia semplice comunità d'intenti. Il deputato Matteo Pescatore sostiene nell'occasione che «se si richiede il concorso di

[28] Su questi punti si vedano V. Di Salvo, *Legge*, in *Il Digesto italiano*, XIV, Torino 1902-1905, pp. 235-320, in particolare pp. 276-277 e C. Esposito, *Legge*, cit., p. 726.

[29] Cfr. P. Colombo, *Il re d'Italia*, cit., pp. 230-231.

[30] Esplicita, in proposito, è la formula di promulgazione: «Il nome del re ... il Senato e la Camera dei Deputati hanno approvato, Noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue [Testo della Legge]. Ordiniamo che la presente, munita del sigillo dello Stato, sia inserita nella Raccolta degli atti del Governo, mandando a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come Legge dello Stato».

[31] Cfr. A. Olivieri, *Pubblicazione delle leggi*, in L. Lucchini (ed), *Il Digesto italiano*, XIX, parte II, Torino 1910-1913, pp. 1204-1218, p. 1210.

tre volontà, è d'uopo che coesistano nel medesimo tempo»[32]. Sulla base di simili posizioni la Camera vota una risoluzione che dichiara «non regolare» la ritardata sanzione e promulgazione della legge in questione.

E, al di là degli obiettivi contingenti, cosa muove la Camera a schierarsi tanto criticamente nei confronti del comportamento tenuto dall'esecutivo monarchico? La percezione che nelle lacune statutarie in materia di promulgazione stia celata un'arma molto più pericolosa di quanto appaia.

Accade infatti che lo Statuto non fissi alcun termine obbligatorio per promulgare (né tantomeno per pubblicare) una legge e dunque, nei primi anni di vita del regime costituzionale sabaudo, il re è messo in condizione di 'congelare' anche indefinitamente una norma che gli risulti per qualsivoglia motivo sgradita con il semplice astenersi da un compito che nessuna regola lo obbliga a compiere con sollecitudine. La dichiarazione di volontà parlamentare, naturalmente, non decade in seguito a tale semplice omissione ma, appunto, la sua esecutorietà e la sua obbligatorietà vengono meno e i suoi effetti risultano vanificati.

È a questo tipo di situazione che sta tentando di reagire la Camera: situazione che richiama assai da vicino – nell'invisibilità dell'azione regia, nella forza insita nell'astenersi della Corona dall'esercizio di una propria prerogativa – quella relativa alla sanzione e che potrebbe porre in essere precedenti assai ostici da contraddire in seguito. Ma qui l'appiglio formale in chiave costituzionale è saldo ed evidente (e offre il destro a contestazioni parlamentari che altrove non riescono a trovare fondamento): la lacuna legislativa in ordine ai termini di promulgazione non può non essere colmata. Ciò non significa che la soluzione si trovi immediatamente e agevolmente. Anzi: proprio il fatto che, pochi giorni dopo il dibattito appena citato, il Senato vanifichi la delibera dei deputati accettando la tesi della facoltà del monarca di promulgare la legge quando lo ritenga più opportuno appare altamente significativo.

La Camera alta è per natura baluardo di difesa delle posizioni regie[33] e non si può non vedere nel suo contrapporsi alla Camera bassa la prova

[32] *Atti parlamentari. Camera dei deputati. Discussioni*, leg. III, sess. II, pp. 306.

[33] Sul ruolo del Senato – recentemente riletto in un'interessante chiave comparativa anche da F. SODDU, *Le camere alte nel Regno Unito e nel Regno d'Italia tra Otto e Novecento*, in «Le Carte e la Storia», 4, 1998, 1, pp. 182-193 – e sulla sua evoluzione si vedano N. ANTONETTI, *Gli invalidi della Costituzione. Il Senato del Regno. 1848-1924*, Bari 1992; e M.E. LANCIOTTI, *La riforma impossibile. Idee, discussioni e progetti sulla modifica del Senato regio e vitalizio (1848-1922)*, Bologna 1993.

che la richiesta di un termine vincolante per l'esercizio della prerogativa di promulgazione è connessa a ben più che un mero dettaglio formale. È vero, peraltro, che la questione non poteva essere rinviata all'infinito senza alimentare una incoerenza costituzionale difficile da giustificare. Occorrono comunque altri cinque anni perché si arrivi a una legge (la n. 1731 del 23 giugno 1854) che stabilisca che «le leggi sono esecutorie in virtù della promulgazione che ne è fatta dal re prima dell'apertura della Sessione parlamentare immediatamente successiva a quella in cui furono votate»[34].

Si ha tuttavia l'impressione che anche così l'ambiguità di fondo generata dalla sovrapposizione tra pubblicazione e promulgazione finisca per restare irrisolta, poiché solo alla seconda – e non ad entrambe – fa riferimento la nuova normativa[35]. Né si trascuri il fatto che da alcuni commentatori del sistema statutario viene avanzata l'ipotesi che la funzione di promulgazione possa tradursi in qualcosa di molto simile a un sindacato di costituzionalità 'estrinseca' sulle leggi (non relativo al loro contenuto, cioè, ma all'osservanza delle regole di produzione normativa)[36].

In ogni caso, quel che si deve sottolineare è che per il non breve periodo di sei anni a partire dalla concessione dello Statuto per il re e i suoi ministri è teoricamente possibile, muovendosi tra le lacune della Carta albertina, differire *sine die* l'attuazione di una legge. E anche da qui ciò che emerge è che nel suo 'non agire' (nella «ben calcolata inazione» di cui parla Walter Bagehot) sta la principale forza della Corona.

Questa linea interpretativa del ruolo del capo dello Stato all'interno del regime statutario viene confortata anche dall'analisi delle prerogative regie

[34] Il testo integrale della legge è riportato in *Atti del Governo di S.M. il Re di Sardegna*, Torino, Stamperia Reale, 1854, XXII, pp. 435-438. Merita sottolineare che – come è agevole intuire – tale legge sposta il problema sui tempi intercorrenti fra la chiusura di una sessione e l'apertura della successiva: tempi che possono anche essere non indifferenti e che comunque dipendono da esercizio di prerogative regie. Forse, nel 1854, si elimina l'eventualità di una dilazione indefinita, ma non quella di un rinvio prolungato.

[35] Non mi risulta esistano studi recenti – condotti attraverso gli effettivi dati storici – su tempi e modalità di applicazione della prerogativa di pubblicazione. Sarebbe importante verificare invece se, in questo complesso gioco di poteri incastrati l'uno nell'altro come scatole cinesi, non sia poi quella che sembra la più 'piccola' della prerogative regie in campo legislativo – appunto la pubblicazione – ad offrire alla Corona con il suo possibile procrastinamento l'arma più efficace, proprio in quanto meno eclatante, per ostacolare l'attività legislativa. Si tratta naturalmente di un'ipotesi, che attende riscontri.

[36] Cfr., ad esempio, A. CRISCUOLI, *La promulgazione nel diritto pubblico moderno*, Napoli 1911, p. 32 e pp. 76-88.

legate al cosiddetto «potere parlamentare della Corona»[37], quello che assomma convocazione, proroga, chiusura e scioglimento delle Camere e che consente di far dipendere dall'attività del monarca (o, non di rado, dalla sua inattività) lo svolgersi dei lavori parlamentari. Ma una tale analisi – intersecandosi con i complessi temi della forma di governo instauratasi con lo Statuto, del rapporto tra monarca e ministri, dell'attuarsi del meccanismo della 'doppia fiducia' nei confronti del governo[38] – andrebbe ben oltre gli obiettivi che si pone questo contributo[39].

[37] La formula è impiegata da G. SICHERA, *Studi costituzionali sulla prerogativa regia. Le funzioni parlamentari della Corona (Interpretazione dell'art. 9 dello Statuto)*, in «Il Filangieri», XIX, 1894, 8-9, pp. 449-478, in particolare p. 466.

[38] Sulla delicata questione della 'fiducia' si può vedere il già citato lavoro di F. ROSSI, *Saggio sul sistema politico dell'Italia liberale.* Per un'analisi più centrata sulla dottrina giuspubblicistica cfr. anche F. RINALDI - M. RINALDI, *Le mozioni di fiducia e di sfiducia nell'esperienza costituzionale italiana. Cenni storici e ricostruttivi*, in «Rassegna Parlamentare», 42, 2000, pp. 458-494.

[39] Per ulteriori sviluppi in argomento rinvio a P. COLOMBO, *La «ben calcolata inazione»: Corona, Parlamento e ministri nella forma di governo statutaria*, in L. VIOLANTE (ed), *Il Parlamento* (*Storia d'Italia.* Annali, 17), Torino 2001, pp. 67-90.

La Costituzione 'al di sopra' o 'a disposizione' del legislatore? Difesa, attuazione e revisione costituzionale in Prussia

di *Anna Gianna Manca*

1. *La custodia della costituzione tra politica e giustizia*

«Custodi della costituzione – aveva affermato il 25 agosto 1862 nel corso del Terzo Congresso dei giuristi tedeschi il giudice del massimo tribunale prussiano (*Obertribunal*) e 'generale' del gruppo parlamentare cattolico alla dieta prussiana, Peter Reichensperger[1] – possono essere solo gli stessi *Reichstage* e *Landtage*», e cioè le assemblee rappresentative. «Così era nell'Impero tedesco, e così deve essere anche oggi, perché – proseguì in quell'occasione Reichensperger a fondazione dottrinaria della sua affermazione – il principio della divisione dei poteri [*Gewaltenteilung*] è diventato la base di tutta la nostra organizzazione statale»[2].

[1] Di Peter Reichensperger (1810-1892) come di un «generale» dei parlamentari cattolici parlò E. SCHMIDT-WEISSENFELS, *Preußische Landtagsmänner. Beiträge zur Partei- und parlamentarischen Geschichte in Preußen*, Breslau 1862, p. 234, nel metterne in risalto lo «spirito disciplinatore» del gruppo e le spiccate doti oratorie. Per un ottimo profilo politico e intellettuale del parlamentare e *Obertribunalrat* Peter Reichensperger, che prestò servizio presso il massimo tribunale berlinese sino al 1879, si rinvia, tra i ritratti più recenti, a quello assai articolato, vivace, e allo stesso tempo esente dalle semplificazioni a cui una personalità complessa come Reichensperger ha spesso indotto, di T. MERGEL, *Peter Reichensperger. Der katholische Liberale*, in S. FREITAG (ed), *Die Achtundvierziger. Lebensbilder aus der deutschen Revolution 1848/49*, München 1998, pp. 185-199. Ancora più recente è la monografia, a cura e con introduzione di U. VON HEHL, *Peter Reichensperger. 1810-1892*, Paderborn - München - Wien - Zürich 2000. Il volume, che raccoglie estratti da discorsi parlamentari, corrispondenza, scritti, articoli su quotidiani o riviste, non va tuttavia oltre, nella ricostruzione della biografia del giurista e parlamentare renano della *Einleitung*, quanto già noto dalla letteratura esistente. Ad esso tuttavia si rinvia per un elenco della bibliografia più risalente su Reichensperger (cfr. pp. 147-150).

[2] Cfr. l'intervento di Reichensperger in *Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages*, II, Berlin 1863, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1862, pp. 26-36, qui p. 35. In particolare, nella costituzione prussiana del 31 gennaio 1850 la divisione dei poteri era ancorata agli articoli 62 sul potere legislativo, 45 sul potere esecutivo, 86 sul potere giudi-

L'affermazione di Reichensperger, che evidentemente in questo contesto usava l'espressione di *Gewaltenteilung* nel senso «tecnico» in cui essa era solitamente usata in epoca costituzionale ormai avanzata, e cioè per indicare una differenziazione (*Unterscheidung*) delle funzioni dello Stato (legislativa, esecutiva, giudiziaria) e dei soggetti a cui faceva capo il loro esercizio, e non nel senso della separazione (*Trennung*) dei poteri, che avrebbe invece messo in crisi la necessaria unità dell'organismo statale[3], era venuta fuori nel corso del dibattito, apertosi alquanto inaspettatamente nel corso del Terzo Congresso dei giuristi tedeschi[4], sulla ammissibilità e praticabilità negli stati tedeschi, all'epoca ormai quasi tutti costituzionali, di un controllo giudiziario delle norme (*richterliches Prüfungsrecht*).

La questione che il Congresso si era trovato a dover affrontare, e a cui doveva dare una risposta, era cioè se fosse compatibile con il diritto tedesco vigente il riconoscimento al giudice del diritto/potere di non dare applicazione a una norma della quale gli apparisse dubbia la costituzionalità, partendo dalla considerazione che in epoca costituzionale al pratico del diritto poteva anche accadere di interrogarsi se avesse o continuasse ad

ziario; cfr. *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850*, in E.R. HUBER (ed), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, I: *Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1978[3], pp. 501-514, in particolare rispettivamente p. 507 (art. 62), p. 505 (art. 45), p. 510 (art. 86).

[3] Sulla progressiva «tecnicizzazione» del concetto cfr. H. FENSKE, *Gewaltenteilung*, in O. BRUNNER - W. CONZE - R. KOSELLECK (edd), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, II, Stuttgart 1975, pp. 923-958, in particolare pp. 952-953.

[4] Il Congresso, nello statuto, si era proposto di perseguire l'obiettivo dell'unificazione giuridica della Germania, ma di limitarsi nel fare ciò agli ambiti del diritto privato, penale e alle due procedure; avrebbe invece dovuto essere lasciata fuori dal suo ambito di attività, almeno per il momento, ogni questione relativa al diritto pubblico (cfr. *Statut des Deutschen Juristentages*, Nach den Beschlüssen vom 25. August 1862 redigiert von dem Schriftführer – Amt der ständigen Deputation, in *Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages*, I, Berlin 1863, pp. 3-6, qui p. 3). Sulla storia dello *Juristentag* è d'obbligo il rinvio a H. CONRAD, *Der deutsche Juristentag. 1860-1960*, Karlsruhe 1960, pubblicato per il centenario della fondazione dell'associazione. Suo primo presidente fu il grande giusprivatista e *Geheimer Rat* CARL GEORG VON WÄCHTER, autore tra l'altro della voce *Gesetzgebung (Deutsche), Gesetzbücher*, nell'ultima edizione, la terza, e cioè quella a cura del solo K. WELCKER, dello *Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 3a ed., VI, Leipzig 1862, pp. 482-517. Su Wächter privatista e penalista sono usciti di recente, rispettivamente nel 1999 e 2000, due lavori, di B.R. Kern e di L. Jungemann, su cui tuttavia qui non ci si può soffermare oltre. Per la storia dello *Juristentag* dopo il 1960 si rinvia a G. DILCHER, *Der deutsche Juristentag. 1960-1980. Zeitgeschichte und Rechtspolitik*, München 1980.

avere validità giuridica una norma in aperto contrasto con la costituzione. In epoca costituzionale infatti, com'è noto, ancora non esisteva alcun ordinato procedimento di controllo astratto della costituzionalità delle leggi quale lo conosciamo noi oggi, e il controllo delle norme era piuttosto solo «konkret-inzident», nel senso che esso era esercitato solo 'in via incidentale', cioè nel corso e in occasione di un processo ben determinato, civile o penale, e solo in quanto la norma, della cui costituzionalità si discuteva, fosse rilevante per la decisione di quel caso concreto. Esso né si attivava 'meccanicamente', né era attivato in ogni caso in cui una norma fosse sospettata di non essere valida o di essere incostituzionale, ma solo allorché un giudice poneva concretamente il problema se una determinata norma fosse da considerarsi valida, e quindi applicabile, o meno[5].

Al centro del dibattito del Congresso era ovviamente – è bene sottolinearlo – il controllo giudiziario e non quello politico di costituzionalità

[5] Per una comprensione storica dei risvolti giuridici dell'esercizio «in via incidentale» del controllo di costituzionalità delle norme cfr. A. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1972, pp. 70, 90 e 101. Sul potere giudiziario di controllo di costituzionalità delle norme in epoca costituzionale in Germania si veda anzitutto F.J. PEINE, *Normenkontrolle und konstitutionelles System*, in «Der Staat», 22, 1983, 4, pp. 521-549. Obiettivo primo di Peine, che sostiene una tesi diametralmente opposta a quella di Rainer Wahl (cfr. i suoi lavori citati *infra*, nota 9), è di dimostrare che anche nel XIX secolo tedesco sarebbe stata possibile, da un punto di vista strettamente giuridico, l'introduzione di un controllo di costituzionalità delle norme, un controllo che però «politicamente» non si volle riconoscere. Sull'argomento si veda inoltre W. FROTSCHER, *Die ersten Auseinandersetzungen um die richterliche Normenkontrolle in Deutschland*, in «Der Staat», 10, 1971, 3, pp. 383-402, dove si espone l'unico caso verificatosi nello stato dell'Hannover in epoca costituzionale di un tribunale che rivendicò di fatto a sé il potere di controllo delle norme. Nel corso di un processo il tribunale dichiarò infatti inapplicabile, in quanto incostituzionale, un'ordinanza del governo, del 1° agosto 1855, ordinanza con cui esso, su ordine del *Bundestag*, aveva abolito unilateralmente, senza cioè il consenso dei ceti, molte determinazioni della vigente costituzione dell'Hannover del 1848. Uno dei giudici del Piccolo Senato del tribunale di seconda istanza della cittadina di Aurich che aveva emanato la sentenza citata, Gottlieb Planck, all'epoca impegnato anche politicamente come deputato della Seconda camera dell'Hannover, fu in seguito sottoposto a procedimento disciplinare in quanto funzionario pubblico impegnato politicamente contro il governo e da allora in poi tenuto sempre sotto stretto controllo della polizia. L'esempio dell'*Obergericht* di Aurich non trovò alcuna imitazione presso altri tribunali del paese, a differenza di quanto accadde alle parallele prese di posizione del tribunale di Kassel (Assia Elettorale) del 1850. Sulla sentenza del massimo tribunale dell'Assia del 12 settembre 1850, sentenza con cui fu dichiarata «inefficace» l'ordinanza governativa del 4 settembre dello stesso anno che obbligava al prelievo fiscale forzato, e sulle sentenze che seguirono in difesa del controllo giudiziario delle norme, cfr. P. POPP, *Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage im Spannungsfeld von Verfassungsgebung und Verfassungswirklichkeit. Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte des Kurfürstentums Hessen*, Münster 1996, pp. 316 ss.

delle norme, affidato cioè non ai giudici, ma alle Camere e al capo dello Stato[6]. Del resto, anche a questo proposito va detto che delle costituzioni tedesche di epoca costituzionale l'unica a prevedere un controllo politico di costituzionalità era quella bavarese del 26 maggio 1818 (§ 21, Tit. VII), che però, pur avendolo demandato alle Camere, aveva lasciato l'ultima decisione al re, e inoltre lo aveva previsto solo per gli atti amministrativi ritenuti lesivi dei diritti costituzionali dei cittadini e non anche per gli atti legislativi[7]. Un controllo giudiziario di costituzionalità delle norme era stato previsto invece dalla costituzione di Francoforte del 1849, costituzione che però, com'è noto, non entrò mai in vigore[8].

Il fatto che in epoca costituzionale si aprisse un dibattito sul potere del giudice di controllare le norme dal punto di vista della loro costituzionalità, presupponeva evidentemente il riconoscimento, in qualche misura, della costituzione vigente come di una norma di rango superiore; sulla base della costituzione e dei principi in essa affermati potevano e dovevano essere giudicate le altre norme, sia leggi che ordinanze, che in nessun caso dunque avrebbero dovuto entrare in contrasto con essa[9]. In questo

[6] Su questa differenziazione si veda M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., pp. 1 ss.

[7] Cfr. M. BATTAGLINI, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano 1957, in particolare pp. 162-163. In merito cfr. ora anche O. MÜLLER, *Die Verfassungsbeschwerde nach der Bayerischen Verfassung von 1818 (1818-1848)*, Frankfurt a.M. et al. 2000, pp. 69 ss. e *passim*. Accanto a questa forma politica di controllo delle norme in Baviera fu spesso rivendicato e praticato dai tribunali anche il controllo giudiziario delle norme, ma solo nei casi in cui ad essere violato fosse stato un diritto soggettivo (cfr. a questo proposito F. FREMUTH, *Der Vorbehalt des Gesetzes in der bayerischen Verfassungsurkunde vom 26.5.1818 und seine Auswirkungen auf die Rechtsentwicklung im bayerischen Frühkonstitutionalismus*, Diss. jur., Università di Marburg, 1970, pp. 197-198 e inoltre R. PILOTY, *Die Verfassungsurkunde des Königsreichs Bayern nebst den auf die Verfassung bezüglichen sonstigen Gesetzen mit Anmerkungen*, München 1907, p. 56).

[8] Sia qui consentito il rinvio al mio *Costituenti e costituzioni nell'Europa del 1848-49: la vicenda tedesca*, in P.L. BALLINI (ed), *1848-1849. Costituenti e Costituzioni. Daniele Manin e la Repubblica di Venezia*, Atti del convegno di studio organizzato dall'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, Venezia 7-8 ottobre 1999, Venezia 2002, pp. 31-81, in particolare pp. 50-52 e *passim*. Per un panorama sulla giustizia costituzionale nel XIX secolo tedesco, cfr. G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma - Bari 1999, pp. 59-63.

[9] Per un'ampia trattazione storica del tema eminentemente giuspubblicistico del primato della costituzione è ancora oggi fondamentale il lavoro di R. WAHL, *Der Vorrang der Verfassung*, in «Der Staat», 20, 1981, 4, pp. 485-516; sull'argomento si veda inoltre il lavoro di R. WAHL - F. ROTTMANN, *Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik – im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar*, in W.

contesto il *richterliches Prüfungsrecht*, oggi considerato il nucleo originario della moderna giustizia costituzionale, valeva comunemente come uno degli strumenti giuridici eventualmente attivabili, accanto, ad esempio, all'istituto della messa in stato d'accusa dei ministri (*Ministeranklage*) da parte delle Camere come correlato del principio della responsabilità ministeriale, al diritto di petizione dei rappresentanti del popolo, all'insediamento di un Tribunale di Stato ecc., per proteggere la costituzione da eventuali violazioni[10]. E ciò nonostante che l'istituto, all'epoca largamente praticato, soprattutto in forma cosiddetta «diffusa» ma non solo, negli Stati Uniti d'America[11], e ammesso implicitamente anche dal diritto pubblico belga, che aveva vietato ai giudici di dare applicazione a norme incostituzionali[12],

CONZE - M.R. LEPSIUS (edd), *Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Beiträge zum Kontinuitätsproblem*, Stuttgart 1983, pp. 339-386. Per un inquadramento generale della questione dal punto di vista della giuspubblicistica contemporanea tedesca si veda inoltre Ch. STARCK, *Verfassung und Gesetz*, in Ch. STARCK (ed), *Rangordnung der Gesetze. 7. Symposion der Kommission «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart» am 22. und 23. April 1994*, Göttingen 1995, pp. 29-38, e, dello stesso autore, *Rangordnung der Gesetze. Einführung*, *ibidem*, pp. 9-12, in cui peraltro non si tralascia di ricordare come «l'ordinamento gerarchico tra diritto superiore e diritto semplice [serva] a limitare la normale autorità legislativa» (p. 10).

10 Al tema, ancora oggi molto attuale in Germania, come del resto in Italia, della difesa della costituzione, è dedicato il saggio di E. DENNINGER, *«Streitbare Demokratie» und Schutz der Verfassung*, in E. BENDA - W. MAIHOFER - H.-J. VOGEL (edd), *Handbuch des Verfassungsrechts (1)*, Berlin - New York 1995², pp. 675-716, in particolare pp. 680-682.

11 Sulla differenziazione tra sistema diffuso («ossia quello, nel quale il potere di controllo spetta a tutti gli organi giudiziari di un dato ordinamento giuridico, che lo esercitano incidentalmente, in occasione della decisione delle cause di loro competenza») e sistema accentrato («nel quale il potere di controllo si concentra in un organo giudiziario soltanto») del controllo di costituzionalità delle leggi, cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., pp. 49 ss., in particolare p. 51. Fondamentale sulle origini della giustizia costituzionale in America G. STOURZH, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, in G. STOURZH, *Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Wien 1989, pp. 37-74, in particolare pp. 57 ss. Sul controllo di costituzionalità nelle costituzioni degli Stati del Nord America (Pennsylvania, Vermont, New York) e nella costituzione federale di Filadelfia cfr. inoltre M. BATTAGLINI, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., pp. 37-45. Sulle origini nordamericane del controllo giudiziario delle norme («judicial review») cfr. Ch.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zum Problem der Normenhierarchie in den deutschen Staatsordnungen im frühen und mittleren 19. Jahrhundert (1818-1866)*, Berlin 2000, pp. 22-40.

12 Sull'art. 107 della costituzione belga del 1831, che aveva assegnato ai tribunali il diritto di vegliare sulla legalità del venire in essere delle ordinanze (quindi nessun controllo vero e proprio di costituzionalità delle leggi), cfr. Ch.H. SCHMIDT, *Vorrang der*

fosse in Germania, se si prescinde dalla tanto eclatante quanto eccezionale applicazione incontrata nel conflitto costituzionale dell'Assia Elettorale dei primi anni Cinquanta[13], guardato con sospetto e assai poco diffuso.

Nel contesto del dibattito del Terzo Congresso dei giuristi tedeschi del 1862, Reichensperger contestò che i tribunali in Germania potessero porsi il problema della costituzionalità o meno della norma che si apprestavano ad applicare, pur ammettendo che ad essi spettasse di andarne a verificare il possesso dei requisiti formali propri di una legge prima di procedere alla sua applicazione[14]. Tenendo presente la distinzione terminologica anche allora corrente tra potere di controllo formale (*formelles Prüfungsrecht*) da un lato, e potere di controllo materiale (*materielles Prüfungsrecht*) delle norme dall'altro[15], si può dire, in altre parole, che Reichensperger, mentre consentiva sul fatto che i tribunali, nell'applicare una legge, avessero il potere/dovere di accertare se si trovassero di fronte a una norma che era veramente tale, e cioè di accertare che nella sua approvazione fossero state effettivamente rispettate le formalità del processo di legislazione e le Camere avessero dato il consenso necessario, rigettava invece risolutamente l'ipotesi che ai giudici fosse anche concesso di andare a verificare la corrispondenza di contenuto, materiale, di leggi o ordinanze con norme di diritto costituzionale di rango superiore. Reichensperger cioè ammetteva, come in genere la dottrina giuspubblicistica liberale del periodo, l'esistenza di un diritto costituzionale superiore[16], ma negava che spettasse alla giustizia assicurarne concretamente la preminenza.

Verfassung und konstitutionelle Monarchie, cit., p. 88 e inoltre W. Langel, *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen durch Gerichte und Parlamente*, Saarbrücken 1955, pp. 72-73, da cui risulta come il vero e unico custode della costituzionalità stavolta delle leggi fosse, di fatto, il parlamento, visto che all'art. 28 si diceva che l'interpretazione autentica delle leggi risiedeva solo nel potere legislativo.

13 Si veda P. Popp, *Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage*, cit. Sul caso pressoché eccezionale in Germania del § 95 della costituzione dell'Assia Elettorale del 1831, che per certi versi sembrava stabilire il *Prüfungsrecht* dei tribunali, cfr. W. Rohleder, *Ist der Richter nach Deutschem Staatsrecht berechtigt, Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen?*, Diss. jur., Università di Berlino, 1910, pp. 7-8, n. 17.

14 Cfr. l'intervento di Reichensperger in *Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages*, II, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1862, cit., p. 31.

15 Cfr. a questo proposito le considerazioni introduttive di W. Frotscher, *Die ersten Auseinandersetzungen um die richterliche Normenkontrolle in Deutschland*, cit., in particolare p. 383.

16 Per una voce assolutamente autorevole della contemporanea dottrina liberale affermante l'esistenza di una gerarchia tra le fonti del diritto e in particolare tra legge e costitu-

Ad affrontare la questione, solo apparentemente tecnico-procedurale, del controllo giudiziario delle norme, si era giunti all'interno del Congresso dei giuristi tedeschi in seguito alla presentazione di una proposta da parte del giudice del tribunale della città di Berlino Karl Christian Eduard Hiersemenzel[17]. Con questa proposta si invitava l'assemblea a prendere

zione si può vedere K. WELCKER, voce *Gesetz (Princip und Geist der Gesetze; Arten der Gesetze, insbesondere auch der Grundgesetze oder Verfassungen; Gesetzgebung und gesetzgebende Gewalt, Verfassungsgesetz, Regierungsgesetz und Verordnung, provisorische Gesetze; Gesetzbuch; Publication der Gesetze; Gesetzgebungswissenschaft)*, in *Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 3a ed., VI, cit., pp. 466-482, in particolare p. 472 («Entrambe, la costituzione e la legislazione devono essere buone e sostenersi vicendevolmente, diversamente l'una seppellisce e deturpa l'altra. Esse stanno tra di loro nello stesso rapporto in cui sta la parte generale con quella particolare di un'opera, di un'opera però che è in mutamento costante a causa dell'interazione reciproca delle sue parti ...») e p. 474 («Nella legislazione ordinaria però il potere legislativo costituito è tanto subordinato alla legge costituzionale e al potere costituente quanto il potere di attuazione del governo e quanto il potere giudiziario»). Lo stesso concetto era stato espresso da Welcker già nel 1847, nella seconda edizione dello *Staatslexikon* (cfr. K. WELCKER, voce *Gesetz*, in K. VON ROTTECK - C. WELCKER [edd], *Staatslexikon. Encyklopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2a ed., V, Altona 1847, pp. 695-714, in particolare pp. 703-704). Ad affermare che «la subordinazione della legge ordinaria alla determinazione costituzionale si capisce da sé, anche qualora non si dia alcuna espressa dichiarazione sul rapporto che deve sussistere tra le due», fu lo stesso R. VON MOHL, *Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze* (1852, ma riveduto e ampliato nel 1859), in R. VON MOHL, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, I: *Staatsrecht und Völkerrecht*, Graz 1962 (rist. inalterata dell'edizione apparsa nel 1860 a Tübingen), pp. 66-95, in particolare p. 82.

[17] Sul poco conosciuto ma molto attivo *Stadtrichter* Karl Christian Eduard Hiersemenzel (1825-1869), cofondatore nel 1859, insieme al conte Julius von Wartensleben, della Juristische Gesellschaft zu Berlin e fondatore, nello stesso 1859, della «Preußische Gerichtszeitung», rivista che sin dall'inizio accolse i protocolli delle sedute della società appena menzionata, cfr. la relativa voce biografica in *Allgemeine Deutsche Biographie*, XII, p. 392, di Teichmann, nonché le note biografiche contenute in A. FIJAL, *Die Geschichte der Juristischen Gesellschaft zu Berlin in den Jahren 1859 bis 1933*, Berlin 1991, pp. 48-50. Scopo della società era anzitutto di consentire una fruttuosa interazione tra teoria e prassi giuridica, come anche di contribuire, almeno in prospettiva, all'unificazione giuridica degli stati tedeschi, per arrivare anche per questa via all'unificazione della nazione tedesca (*ibidem*, p. 16). Tra i membri della Juristische Gesellschaft fondata da Hiersemenzel c'erano eminenti esponenti del liberalismo prussiano tra i quali l'allora *Stadtgerichtsrat* Karl Twesten (*ibidem*, pp. 27-28, 50), il giovane giurista Rudolf Gneist, il giudice ebreo Eduard Lasker (pp. 44, 68-71). Proprio dall'interno della Juristische Gesellschaft venne la proposta, redatta materialmente dall'allora *Privatdozent* Franz von Holtzendorff, di dar vita a un organismo, il già incontrato Deutscher Juristentag, che doveva consentire ai giuristi tedeschi di incontrarsi periodicamente e di collaborare per dare un diritto comune a tutta la Germania, Austria compresa. Hiersemenzel non fu però solo uno dei più attivi promotori nel 1860 del Deutscher Juristentag, dove entrò da subito a far parte della Commissione permanente (*Ständige Deputation*) assumendo il ruolo di segretario

posizione a favore del potere «illimitato» della giustizia di controllare che una legge o un'ordinanza fosse stata varata «verfassungsmässig» e cioè secondo la costituzione[18].

L'*Antrag* di Hiersemenzel costituisce senza dubbio una spia significativa della perdurante forza di penetrazione negli ambienti giuridici tedeschi, anche dopo il 1848 a dispetto di quanto affermato da Peter Krüger, delle teorie giuscostituzionalistiche di provenienza americana. Tali teorie avevano cominciato alquanto precocemente a fare i conti con i possibili abusi perpetrati dal potere legislativo contro l'affermarsi del principio della superiorità della costituzione, contemporaneamente esaltando il ruolo svolto nell'America del Nord al servizio di quel principio, e quindi come custodi della costituzionalità materiale di ogni singola legge, dalla Corte suprema e dal singolo giudice con la loro giurisprudenza[19].

Oltre ad essere un sincero paladino del ruolo svolto in America dai giudici come custodi della costituzione, Hiersemenzel era però anche e innanzitutto la punta emergente di tutto un movimento di giuristi particolarmente attenti a registrare e interpretare il corso della politica tedesca all'indomani del fallimento della rivoluzione del '48, alla strenua ricerca di una via per arginare l'effetto devastante che sull'integrità dello Stato costituzionale di diritto, e in particolare sulla dignità della stessa costituzione nonché dell'istituzione parlamentare, produceva l'emanazione, da parte dei governi monarchici postrivoluzionari, di ordinanze e di ordinanze con forza di legge[20], il più delle volte in assoluto dispregio dell'ambito di

(*Schriftführer*). Sino al 1867 Hiersemenzel fu infatti anche redattore dell'organo ufficiale del Deutscher Juristentag, e cioè della «Preußische Gerichtszeitung» da lui stesso fondata; dal 1861 la rivista prenderà il nome di «Deutsche Gerichtszeitung».

18 Cfr. l'intervento del proponente Hiersemenzel a chiarificazione dell'oggetto della sua proposta in *Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages*, II, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1862, cit., p. 20: «Ich glaube, es ist wohl das Beste, wenn ich lediglich an den von mir ursprünglich gebrauchten Worten festhalte, und sie allenfalls noch dahin interpretire: 'Der Deutsche Juristentag wolle aussprechen, daß die Würde der Rechtspflege und die Handhabung wirklicher Gerechtigkeit nur da gesichert ist, wo der Richter auch die Frage, ob ein Gesetz oder eine Verordnung *verfassungsmässig* zu Stande gekommen, ohne Einschränkung zu prüfen hat'» (evidenziato nell'originale).

19 Sull'andamento ondulatorio con cui particolarmente nel corso dell'Ottocento si fece sentire l'influsso di queste teorie giuscostituzionalistiche si veda P. KRÜGER, *Einflüsse der Verfassung der Vereinigten Staaten auf die deutsche Verfassungsentwicklung*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 18, 1996, 3-4, pp. 226-247, qui pp. 236-237.

20 La prima formulazione positiva del potere straordinario monarchico di emanare ordinanze in situazioni di emergenza si trova, com'è largamente noto, nella carta francese del

competenza delle Camere e della riserva di legge. All'indomani del '48 i conflitti tra parlamento e governo, sempre all'ordine del giorno nella vita quotidiana delle monarchie costituzionali tedesche, erano divenuti, se possibile, ancora più violenti, e a farne le spese erano anzitutto le forme dello Stato di diritto, in primo luogo il principio della differenziazione funzionale dei poteri, nonché i poteri costituzionalmente sanciti dell'istituzione parlamentare.

Questa la situazione che i giudici tedeschi come Hiersemenzel avevano di fronte quando, sulla scia dell'insegnamento di altri giuristi ben più noti nel campo del diritto pubblico come Robert von Mohl, autore in gioventù di un trattato sul diritto federale americano[21], guardavano con speranza al sistema americano di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi[22]; com'è noto il sistema si era consolidato negli Stati Uniti a partire dal

1814 (art. 14: «Le roi ... fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'État»), per scomparire però nella carta costituzionale francese del 1830 (che pure altro non era se non il frutto di una revisione critica della precedente carta), dopo che non da ultimo l'uso sconsiderato di tale potere aveva portato alla rivoluzione (cfr. P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, Paris 1994, pp. 252-253, 103-104, 115). Per quanto riguarda invece la Germania, è stato affermato da Ernst Rudolf Huber, a proposito delle costituzioni degli Stati tedesco-meridionali, che al monarca era stato attribuito esplicitamente un *Notrecht*, un diritto straordinario di ordinanza, solo nel Granducato dell'Assia (costituzione del 1820). Qui il granduca aveva infatti il diritto «di prendere in casi urgenti provvedimenti per la sicurezza dello Stato senza la cooperazione dei ceti» (art. 73 della costituzione) (cfr. E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, I: *Reform und Restauration 1789 bis 1830*, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1967[2], p. 337). Questo diritto straordinario del monarca verrà limitato solo nel 1862: da qui in poi l'ordinanza d'emergenza che fosse ancora in vigore a distanza di un anno dalla sua emanazione, doveva essere sottoposta all'approvazione dei ceti. In realtà, a differenza di quanto affermato da Huber e come messo in evidenza già da H. Hansel, un diritto straordinario di ordinanza era attribuito non solo in Assia ma anche, e anche qui del tutto illimitatamente, nel Württemberg (costituzione del 1819, art. 89). Qui nemmeno si diceva, come sarà nelle costituzioni emanate successivamente e in Prussia, che l'ordinanza non avrebbe però dovuto entrare in contrasto con la costituzione (art. 63, costituzione prussiana del 1850). Nessun potere straordinario di ordinanza fu invece sancito dalla costituzione imperiale tedesca del 1871 (H. HANSEL, *Die Notverordnung nach deutschem Staatsrecht. Versuch einer Begriffsbestimmung*, Leipzig 1904).

21 R. VON MOHL, *Das Bundesstaatsrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika*, Stuttgart 1824.

22 Il grande giuspubblicista del Württemberg, Robert von Mohl, fu infatti tra coloro che in Germania per primi presero apertamente posizione a favore dei tre principi della superiorità della costituzione, della nullità del diritto incostituzionale e del controllo giudiziario delle norme; cfr. R. VON MOHL, *Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze*, cit., in particolare pp. 81-82 («le prescrizioni della costituzione sono un genere di norme

pronunciamento del presidente della Corte Suprema John Marshall nel caso Marbury *vs.* Madison del 1803 a favore della necessità di tutelare la superiorità della costituzione non solo da eventuali violazioni dell'esecutivo ma anche da atti incostituzionali del legislativo[23].

Negli anni Sessanta tuttavia, in Prussia e in Germania in genere, ad essere paventati e d'attualità non erano certo gli atti incostituzionali del legislativo, quanto piuttosto quelli dell'esecutivo. In Prussia non c'era all'epoca nessun tribunale speciale che in effetti vegliasse sull'osservanza dei principi costituzionali e in particolare sul rispetto, da parte dell'esecutivo, dei «diritti dei prussiani» affermati nella costituzione. La situazione era perciò assai differente rispetto a stati come il Württemberg, che per primo aveva introdotto già con la costituzione del 1819 un Tribunale di Stato (*Staatsgerichtshof*) con lo scopo di difendere la costituzione, l'Assia Elettorale, a cui si è già fatto riferimento, la Baviera, che, in attuazione della legge del 1848 sulla responsabilità dei ministri, aveva istituito, con legge del 30 maggio 1850, un Tribunale di Stato per giudicare i ministri resisi responsabili di violazione della costituzione, o, infine, la Sassonia, la cui costituzione del 1831 aveva previsto l'istituzione di un Tribunale di Stato «per difendere giudiziariamente la costituzione»[24]. In Prussia

imperative superiore rispetto alla legge ordinaria ed esse possono essere da quest'ultima o tacitamente o esplicitamente modificate»), p. 68 (dove si ammette la possibilità che potessero effettivamente esistere «leggi materialmente incostituzionali»), p. 84 (dove si afferma che «anche il potere legislativo non è ... sacro ed infallibile»). Partendo infatti dal credo fermo nel principio per cui «nessuna legge successiva può a suo piacimento modificare, interpretare o sospendere impunemente ciò che sta scritto nella costituzione, che deve restare intoccabile e deve essere rispettato in qualunque caso» (p. 82), Mohl riteneva che fosse «una mera *petitio principii* chiedere che la verifica della costituzionalità delle leggi [fosse] limitata alla forma esterna, quando il vero problema [era] il contenuto della legge» e quando invece bisognava affermare con forza che «una legge incostituzionale non è affatto una legge, nel senso che non è giuridicamente vincolante per nessuno» (p. 80). Secondo Mohl dunque «si [doveva] assolutamente rivendicare ai tribunali la competenza ad un'indagine del contenuto materiale delle leggi e, passando attraverso di essa, ad un'indagine sulla loro costituzionalità o incostituzionalità» (p. 81).

[23] La sentenza si può leggere in P.G. KAUPER, *Constitutional Law: Cases and Materials*, Toronto 1966, ma anche in J. MARSHALL, *'Judicial Review' e stato federale*, a cura di G. BUTTÀ, Milano 1998, pp. 1 ss. Sulle origini americane del controllo di costituzionalità delle leggi, oltre ai lavori citati *supra*, nota 11, si veda: N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino 1988, pp. 131 s. e W. LANGEL, *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen durch Gerichte und Parlamente*, Saarbrücken 1955, pp. 23-35.

[24] Ch.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie*, cit., p. 77.

invece, sino a quando fu istituito nel 1875 l'Alto Tribunale amministrativo (*Oberverwaltungsgericht*), ogni controversia giudiziaria relativa a una presunta violazione delle norme costituzionali, e particolarmente dei diritti individuali di libertà del cittadino sanciti nel Titolo II della costituzione prussiana del 1850, arrivava al cospetto della massima istanza della giurisdizione ordinaria, e cioè dell'*Obertribunal*, corte che aveva iniziato la sua attività il 1° gennaio 1853[25] e presso cui, come si è visto, prestava servizio anche Reichensperger.

Reichensperger, che operava a Berlino proprio come Hiersemenzel, al di là delle affermazioni preliminari di circostanza, non condivideva affatto la sostanza e la prospettiva giuscostituzionalistica della proposta avanzata nel corso dello *Juristentag* del 1862 dal giovane *Stadtrichter*. Quest'ultimo, secondo Reichensperger, avrebbe tuttavia agito nel condivisibile «intento di cercare in ogni modo le garanzie per porre la giustizia al sicuro dal sempre possibile abuso del potere legislativo, abuso che può verificarsi anche – precisava Reichensperger – in un ben ordinato Stato costituzionale di diritto, come del resto si è già verificato, con l'ingiustificata emanazione di ordinanze con forza di legge»[26]. L'allusione di Reichensperger era a ben vedere – come diventerà più chiaro nel corso dell'intervento – all'ordinanza su cui, ancora a 12 anni di distanza, poggiava il diritto elettorale prussiano[27], e continuerà peraltro a poggiare sino alla fine dell'epoca costituzionale (1918).

Il fatto che Reichensperger avesse dapprima parlato di «abuso del potere legislativo», espressione quest'ultima con cui in epoca costituzionale si doveva sempre intendere l'insieme dei tre fattori della legislazione (il governo monarchico e le due Camere) e poi però avesse esemplificato facendo riferimento all'emanazione di «ordinanze con forza di legge», che per definizione erano emanazione del solo governo monarchico salvo poi dover essere confermate dalle Camere, pena la decadenza immediata, non

[25] M. KOTULLA, *Die Tragweite der Grundrechte der revidierten preußischen Verfassung vom 31.01.1850*, Frankfurt a.M. - Bern - New York - Paris 1992, pp. 191-192.

[26] *Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages*, II, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1862, cit., p. 26.

[27] *Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages*, II, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1862, cit., p. 27 («Wir wissen ja, daß in mehr als einem Staate unter Umständen auf Grund eines behaupteten oder wirklichen Nothstaatsrechts solche abnorme Änderungen der Wahlgesetze als geboten erachtet wurden und eingetreten sind ...») e p. 28 («In Preußen ist ein Wahlgesetz octroyirt worden ... Soll es nun heute wohl gedenkbar sein, die Verfassungsmässigkeit dieser Oktroyirung von den Gerichten in Frage zu ziehen?»).

appena queste si fossero nuovamente riunite[28], non può non suscitare in chi si sofferma a riflettere sulle sue parole un certo disorientamento. Il discorso di Reichensperger infatti, nel momento in cui fa sorgere immediatamente la domanda: «ma come avrebbe mai potuto il legislativo emanare ordinanze?», appare fondato su una grossolana e apparentemente inspiegabile contraddizione in termini.

In realtà, la contraddizione emergente dall'intervento di Reichensperger al Congresso può essere letta come riflesso ed esito di due circostanze concorrenti che in questa sede tuttavia, lungi dal poter essere approfondite, interessa solo rilevare come indice della estremamente alta soglia di confusione giuridico-concettuale ancora tollerata nel campo della dottrina giuspubblicistica tedesca a distanza di ormai oltre dodici anni dall'ultima ondata costituzionale, quella del 1848-1849, che aveva praticamente completato il processo di costituzionalizzazione formale dei circa quaranta stati tedeschi che componevano la Confederazione germanica.

Da sottolineare è, in primo luogo, la diversità di posizioni rinvenibile in quel torno di tempo nella giuspubblicistica intorno alla classificazione di un atto normativo, come le ordinanze con forza di legge, che per alcuni erano frutto dell'esercizio del potere legislativo mentre per altri erano efflusso del potere esecutivo[29]. Nella definizione della natura delle

[28] Le ordinanze straordinarie d'emergenza (*Notverordnungen*) erano indicate dai giuspubblicisti tedeschi con espressioni talora assai diverse; il giurista liberale Ludwig von Rönne (su di lui sia qui consentito il rinvio a A.G. MANCA, *La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo prussiano [1850-1866]* [Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Monografie, 21], Bologna 1995, *passim*) le chiamava «ordinanze con forza provvisoria di legge», mentre altri, tra cui ad esempio Heinrich Zöpfl, usavano il termine di «leggi provvisorie» (in merito cfr. *infra*, nota 29). Ciò che si intendeva con queste espressioni era però la medesima cosa: ordinanze emanate dall'esecutivo in una situazione di emergenza in cui non si potevano attendere i tempi lunghi di confezionamento di una legge e si rendeva quindi necessaria una regolazione provvisoria della situazione venutasi a creare fino a quando gli organi legislativi non fossero stati in grado di prendere posizione in merito. La regolazione provvisoria era emanata nella forma di un'ordinanza ma aveva la medesima forza di una legge; essa doveva tuttavia essere sottoposta all'approvazione dei ceti, rispettivamente delle Camere, non appena queste si fossero riunite (cfr. E. IMMIG, *Der Begriff der Notverordnung in der Preußischen Verfassungsurkunde von 1850, in der Preußischen Verfassungsurkunde von 1920, in der Reichsverfassung von 1871, in der Reichsverfassung von 1919*, Marburg 1934, p. 12).

[29] Per il giuspubblicista conservatore Heinrich Zöpfl infatti, il potere del monarca di emanare ordinanze d'emergenza, che lui chiamava peraltro «provisorische Gesetze», in quanto avrebbero lo scopo di «colmare provvisoriamente, in casi di urgenza, le *lacune* della legislazione» (evidenziato nell'originale), sarebbe un efflusso della titolarità monarchica del potere esecutivo (cfr. H. ZÖPFL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, mit*

ordinanze d'emergenza si rifletteva evidentemente la dinamica altamente conflittuale che contraddistingueva il concreto e quotidiano funzionamento della forma di governo monarchico-costituzionale in Germania. Alla luce di ciò sorprenderà forse di meno ad esempio la circostanza che un esperto della materia come Hansel, ancora ai primi del XX secolo, dopo aver sottolineato come il carattere specifico dell'ordinanza fosse quello di rappresentare una forma «irregolare di manifestazione di volontà» e di venire a normare «situazioni statali straordinarie, anormali», arrivasse alla conclusione che l'ordinanza d'emergenza partecipava sia della forma della legge che di quella dell'ordinanza, senza potersi tuttavia considerare del tutto analoga a nessuna di esse in modo esclusivo[30].

Non meno interessante è però anche, in secondo luogo, la diversità di posizioni rinvenibile in quel torno di tempo nella scienza giuridica sulla definizione stessa del potere legislativo. Non fu certo un caso se nelle sedute del Terzo Juristentag tedesco del 1862 due autorità riconosciute come il giuspubblicista di Heidelberg Johann Kaspar Bluntschli e il grande civilista di Giessen Rudolf von Jehring si trovarono, in epoca costituzionale ormai matura, in radicale contrasto su cosa si dovesse intendere con la locuzione di «potere legislativo». In particolare fu Bluntschli a sentire urgente il bisogno di precisare immediatamente di essere di parere del tutto «opposto» rispetto a quello di Jehring.

Per Jehring, che certo non era un giuspubblicista di professione e che peraltro non mostrò mai particolare interesse per la politica[31], era ancora «il signore territoriale», nella cui persona restava unito il massimo potere statale, «l'unico soggetto del potere legislativo»[32], mentre «i ceti

besonderer Rücksicht auf das allgemeine Staatsrecht und auf die neuesten Zeitverhältnisse, Leipzig - Heidelberg 1863[5], Zweiter Teil, p. 516). Per Rönne invece, le medesime ordinanze, che lui chiamava però «ordinanze con forza (provvisoria) di legge», sarebbero espressione della potestà del monarca di partecipare con pari diritto della rappresentanza popolare all'esercizio del potere di legislazione (L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., Leipzig 1869-1872, I.1, pp. 190-191: «La legislazione in senso ampio comprende infatti: a. l'emanazione di leggi, che vengono in essere con il consenso delle camere [le leggi vere e proprie dell'art. 62], e b. l'emanazione di ordinanze, che le camere devono approvare successivamente, qualora le si voglia erigere a leggi vere e proprie; fino ad allora esse sono solo ordinanze provvisorie con forza di legge [art. 63]»).

30 H. HANSEL, *Die Notverordnung nach deutschem Staatsrecht*, cit., in part. pp. 57-61.

31 Cfr. la voce relativa di L. MITTEIS, nella *Allgemeine Deutsche Biographie*, L, pp. 652-664, in particolare p. 653.

32 *Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages*, II, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1862, cit., p. 12.

rappresenta[va]no solo un fattore negativo»[33]. Il punto di vista di Jehring, per quanto, come si è detto, assolutamente laico, testimonia tuttavia chiaramente il persistente influsso sull'opinione pubblica, anche colta, della sostanza del cosiddetto principio monarchico affermata dall'articolo 57 degli Atti finali del Congresso di Vienna del 1820 (a ulteriore specificazione e in funzione di limitazione dei poteri delle rappresentanze popolari promesse dall'art. 13 degli Atti della Confederazione germanica del 1815)[34], principio che in piena epoca costituzionale ancora obbligava a prendere le mosse da un concetto di legge eminentemente «landesherrlich-hoheitlich», come espressione cioè della superiore volontà del signore territoriale[35].

Per Bluntschli invece, la cui *Staatsnähe* notoriamente non era certo meno spiccata di quella di Jehring ma che, al contrario di quest'ultimo, aveva saputo scorgere assai precocemente la possibilità di conciliare la sostanza del cosiddetto principio monarchico con quella della teoria della differenziazione dei poteri[36], «la massima espressione della volontà comune, la legge, [poteva] e [doveva] scaturire, secondo i principi del diritto pubblico costituzionale, solo da una cooperazione del capo dello Stato con la rappresentanza del popolo» e «i diritti delle Camere in nessun caso [potevano] essere ritenuti solo negativi; essi [erano] invece decisamente positivi»[37]. «Il corpo legislativo – disse Bluntschli – consiste in prima linea del capo dello Stato, ... in seconda e terza linea però delle Camere; ... quando una legge è stata varata come espressione comune della volontà di questi fattori, essa è valida e vincolante sia per i tribunali che per il governo»[38].

Il Terzo Congresso dei giuristi tedeschi, a conclusione dei suoi lavori, si pronunciò a maggioranza a favore del potere giudiziario di controllo

33 *Ibidem*, p. 16.

34 Su questi due corpi di norme su cui si basava la Confederazione germanica cfr. E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, I, cit., pp. 640-656.

35 Su questo concetto di legge «landesherrlich-hoheitlich», che informava di sé le costituzioni tedesche del primo costituzionalismo, cfr. R. GRAWERT, *Gesetz*, in O. BRUNNER - W. CONZE - R. KOSELLECK (edd), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, II, cit., pp. 863-922, qui p. 904.

36 Cfr. in merito S. KORIOTH, *«Monarchisches Prinzip» und Gewaltenteilung - unvereinbar?*, in «Der Staat», 37, 1998, 1, pp. 27-55.

37 *Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages*, II, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1862, cit., p. 23.

38 *Ibidem*, p. 24.

delle sole ordinanze, approvando una risoluzione secondo cui il giudice poteva non ritenere per sé vincolante, e quindi non dare applicazione, a ordinanze o decreti governativi o del capo dello Stato, qualora avesse accertato che la materia in questione avrebbe dovuto essere regolata solo attraverso una legge e con il consenso dei ceti[39].

Al congresso successivo, il Quarto, che si svolse nel 1863 a Mainz, fu invece rinviato il dibattito sulla questione, ben più spinosa e pure toccata dalla proposta di Hiersemenzel ma di certo meno attuale nella Germania dell'epoca, dell'ammissibilità o meno del potere giudiziario di controllo delle leggi. Su quest'ultima questione il Congresso dei giuristi tedeschi, a dispetto del carattere occasionale assunto dalla sua 'escursione' sul tema del controllo delle norme, emise infine un giudizio che rimarrà un punto fermo per tutta la successiva dottrina giuspubblicistica di epoca costituzionale. La risoluzione adottata si mantenne infatti molto al di qua rispetto a quella inizialmente auspicata da Hiersemenzel con il suo *Antrag*; nel momento in cui affermava esplicitamente e in positivo che «il giudice può pronunciarsi sulla costituzionalità del venire in essere delle leggi e delle ordinanze»[40], la stessa risoluzione escludeva per contro implicitamente l'ammissibilità, per il diritto tedesco vigente, di un potere giudiziario di controllo della costituzionalità anche materiale (non solo formale dunque) delle leggi.

Con questa risoluzione, che sarà peraltro immediatamente ribadita nella sua sostanza da una sentenza dell'*Obertribunal* prussiano del novembre 1864[41] e su cui il Congresso dei giuristi tedeschi non ritornò più sino

[39] Così la formulazione della risoluzione, presa quasi all'unanimità dal Terzo Congresso svoltosi l'anno prima a Vienna, data dal presidente Wächter: «Über die eine Seite der Frage, die in Wien entschieden wurde, hat sich der Juristentag dahin ausgesprochen: Verordnungen und Erlasse des Staatsoberhauptes oder der Staatsregierung, deren Inhalt nur in der Form eines Gesetzes mit Zustimmung der Stände hätte festgestellt werden können, haben für den Richter keine verbindliche Kraft; der Richter hat darüber zu kognosciren, und wenn er findet, daß die Verordnung den ihr durch die Verfassung gesetzten Kreis überschreite, im einzelnen Falle der Verordnung eine Anwendung nicht zu geben» (cfr. *Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages*, II, Berlin 1864, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1863 a Mainz, p. 11).

[40] Il testo letterale della risoluzione affermava che «Der Richter hat im gegebenen Falle über das verfassungsmässige Zustandekommen der Gesetze und der Verordnungen zu befinden» (cfr. *Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages*, II, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1863 a Mainz, cit., p. 61).

[41] Cfr. M. KOTULLA, *Die Tragweite der Grundrechte der revidierten preußischen Verfassung vom 31.01.1850*, cit., p. 195.

al XX secolo, si chiuse definitivamente nella Germania costituzionale, e in particolare sino al pronunciamento dello Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich del 1925 con cui fu riconosciuto il *Prüfungsrecht* del giudice[42], qualsiasi apertura concreta verso l'instaurazione di un *judicial review* all'americana e in particolare all'affermazione, sia nella teoria giuridica che nella pratica giurisprudenziale, del principio del «Vorrang der Verfassung». Questa chiusura fu solitamente ribadita, come già avevano fatto Reichensperger e Bluntschli al Terzo Congresso dei giuristi tedeschi, in nome di una concezione della divisione dei poteri che, postulando la sovranità e la intangibilità assoluta del potere legislativo, nel senso che alle norme giuridiche da esso emanate dovevano prestare obbedienza tutti, giudici compresi[43], certo ci appare oggi quantomeno 'esasperata'. Tanto più che in Germania, e in modo particolare in Prussia, a differenza che in Belgio, dove quel nesso di incompatibilità tra principio della sovranità legislativa da un lato e controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi era stato sostenuto con particolare efficacia e successo da Faider[44], proprio nello stesso momento in cui ci si richiamava strumentalmente alla superiorità assoluta del legislativo per esorcizzare l'intervento della giustizia a difesa della costituzione, il parlamento era 'sfidato' a dare prova di forza 'una volta per tutte' o a 'tacere per sempre'.

Mentre Hiersemenzel era impegnato a combattere all'interno del Congresso dei giuristi tedeschi la sua battaglia disperata per il controllo giudiziario di costituzionalità delle norme, la Prussia era ormai scivolata rovinosamente nel bel mezzo di un aspro conflitto costituzionale insorto tra la rappresentanza popolare della Camera dei deputati prussiana e il monarca sul varo della legge annuale di bilancio. Con il protrarsi del conflitto il paese era caduto in uno stato gravissimo di incostituzionale amministrazione finanziaria (cosiddetta «budgetlose Verwaltung»), e perciò assai temuto era il ricorso del monarca e/o del suo governo a decreti unilaterali o alle cosiddette ordinanze con forza di legge, comunque a ordinanze varate senza il consenso della rappresentanza popolare, sia in sostituzione della necessaria legge di bilancio, sulla cui definizione non si intravvedevano

[42] Cfr. W. Langel, *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen durch Gerichte und Parlamente*, cit., p. 13.

[43] Cfr. W. Rohleder, *Ist der Richter nach Deutschem Staatsrecht berechtigt, Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen?*, cit., pp. 14-15.

[44] *Ibidem*, p. 16. Sull'animato dibattito tra i due giuristi belgi, Ch. Faider e E. Verhaegen, prese circostanziatamente posizione anche von R. von Mohl nel suo *Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze*, cit.

prospettive di accordo, sia per piegare la crescente opposizione parlamentare ed extraparlamentare alla condotta incostituzionale del governo[45]. Che Hiersemenzel dall'eventuale accoglimento della sua proposta si attendesse un immediato riflesso di carattere pratico a rafforzamento della posizione dei giudici prussiani, i soli a suo avviso da cui potesse provenire un intervento ordinatore sulla incostituzionalità che regnava sovrana in Prussia in quel torno di tempo, non poteva certo rimanere un segreto; anche se, ovviamente, il trapelare della circostanza non mancò di irritare particolarmente quei membri dello *Juristentag* che tanto avevano insistito sul richiamo al rispetto dello Statuto del Congresso che asseriva doversi esso astenere dall'entrare nel merito di questioni giuspubblicistiche[46] che, come argomentò anche Bluntschli, l'avrebbero immediatamente trascinato nell'«arena delle opinioni politiche»[47].

2. *Le garanzie della costituzione prussiana del 1850*

Custodi della costituzione, aveva dunque affermato Reichensperger e aveva confermato con le sue risoluzioni il Congresso dei giuristi tedeschi, potevano essere solo le rappresentanze popolari. Su questo punto, come si è visto, aveva particolarmente insistito anche il grande giuspubblicista di Heidelberg Bluntschli; per lui esisteva nello Stato un potere che era e doveva continuare ad essere al di sopra di tutti gli altri e questo potere non poteva che essere, in uno stato costituzionale, quello legislativo[48]. Nella stessa direzione di Reichensperger e Bluntschli andava in quel periodo anche l'argomentazione di colui che fu, per tutta la seconda metà dell'Ottocento e anche oltre, secondo il parere unanime di 'amici' e 'avversari', il massimo esperto di diritto pubblico positivo prussiano, e cioè Ludwig von Rönne[49].

45 In merito si rinvia ad A.G. MANCA, *La sfida delle riforme*, cit.

46 Cfr. *supra*, nota 4.

47 *Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages*, II, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1862, cit., p. 23.

48 *Ibidem*, p. 22.

49 Su Rönne cfr. R. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften in Monographien dargestellt*, II, Erlangen 1856, rist. inalterata Graz 1960, pp. 349 e 354; G. ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht*, Tübingen 1900, p. 15, e, dello stesso autore, *Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht*, Tübingen

Nella terza edizione del suo *Staatsrecht*, affrontando il tema del rapporto tra parlamento e costituzione secondo il diritto pubblico allora vigente in Prussia, Rönne asserì che la costituzione aveva riconosciuto alle Camere determinati «diritti politici», e quindi dei poteri, che le stesse potevano far valere di fronte al governo al fine di «proteggere e custodire la costituzione e i diritti dei cittadini da questa sanciti»[50]. Tra questi diritti politici delle Camere, che lui definiva come diritti «ordinari» delle stesse, Rönne faceva rientrare: la facoltà di indirizzare messaggi al re (art. 81), di insediare commissioni d'inchiesta (art. 82), di inoltrare ai ministri eventuali rimostranze (*Beschwerde*) pervenute ai rappresentanti del popolo singolarmente o nella loro collettività (art. 81), di porre i ministri in stato d'accusa (art. 61).

Le norme miranti a difendere non l'integrità per così dire 'spirituale' della costituzione, di cui parlava Rönne, ma la sua integrità formale in senso stretto, da violazioni o sospensioni, parziali o totali, in particolare da parte del sovrano[51], insomma le norme che entravano nel merito del rapporto che doveva sussistere tra il parlamento e la costituzione vigente in caso di revisione e modifica formale della carta costituzionale, erano solitamente allocate, nelle cosiddette *konstitutionelle Verfassungen* tedesche del XIX secolo, più spesso all'interno di sezioni costituzionali dal titolo «Die Gewähr der Verfassung» o «Die Garantien der Verfassung», ma talvolta anche, più disinvoltamente, tra le «Allgemeine Bestimmungen»[52].

1901², nuova edizione Aalen 1971, p. 13; Ph. ZORN - L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie*, 5a ed., Leipzig 1898-1906, I: Leipzig 1898, pp. VII e IX; E.A.Chr. [ma E.A.Ch. VON STOCKMAR], *Studien zum preußischen Staatsrecht, I: Der allgemeine juristische Charakter der preußischen Verfassung*, in *Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte*, a cura di L.A. AEGIDI, I, Berlin 1867, pp. 179-195, qui p. 192.

50 Sugli «organischen (politischen) Rechte der Kammern» cfr. L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.2, pp. 417-426.

51 Sul punto F.-J. PEINE, *Normenkontrolle und konstitutionelles System*, cit., afferma che assai meno sentita era all'epoca la necessità di tutela da parte di eventuali atti incostituzionali della rappresentanza popolare (pp. 535-536). H. ZÖPFL d'altro canto, nella quinta edizione dei suoi *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, Zweiter Teil, cit., tenne a sottolineare come il fatto che la costituzione francese del 1830 fosse stata posta sotto la protezione della «guardia nazionale» e dei «cittadini francesi», non bastò a preservarla quando scoppiò la rivoluzione del 1848 e il popolo si levò proprio in nome della difesa della carta (p. 449).

52 Il riferimento è ad esempio al Titolo X della costituzione bavarese del 1818, al Titolo X della costituzione del Granducato dell'Assia del 1820, al capitolo VIII della costituzione della Sassonia del 1831, all'VIII capitolo della costituzione dell'Hannover del 1840 (cfr. a questo proposito H. ZÖPFL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, Zweiter Teil,

Nella costituzione prussiana in particolare non era presente alcuna sezione specificamente dedicata alle 'garanzie della costituzione'. Del resto, una tale sezione non era presente neppure nella costituzione belga del 1831, mentre compariva nella costituzione, mai entrata in vigore, di Francoforte del 1849.

Nella costituzione prussiana bisognava andare proprio alle Disposizioni generali (*Allgemeine Bestimmungen*) per incontrare norme che in genere garantivano la superiorità della costituzione. Nella sezione della costituzione prussiana dedicata alle *Allgemeine Bestimmungen* si incontravano infatti, nelle disposizioni allocate negli artt. 107, 109, e 106, rispettivamente: a) norme relative alla revisione della carta costituzionale; b) norme che portavano ad espressione il principio della superiorità della costituzione rispetto al vecchio diritto precostituzionale vigente, il cosiddetto principio di collisione o di deroga (*lex superior derogat legi inferiori*); c) norme dove si affrontava la questione di come le Camere potessero 'proteggere' la costituzione da atti dell'esecutivo in contrasto con essa, ad esempio da violazioni della costituzione perpetrate attraverso ordinanze d'emergenza.

a) Della revisione della costituzione si parlava, come già accennato, nell'art. 107: «La costituzione può essere modificata attraverso la via ordinaria della legislazione, per la qual cosa è sufficiente in ogni camera la maggioranza semplice dei voti e due votazioni a distanza di almeno 21 giorni l'una dall'altra»[53].

La determinazione dell'art. 107 era fatta rientrare da Rönne tra le garanzie della costituzione «in senso vero e stretto»[54]. «La costituzione – diceva Rönne – ha come scopo di garantire i diritti e le libertà dei cittadini stabiliti dalla legge ..., ma per mantenere la costituzione stessa, per assicurarne la attuazione e per impedire violazioni della stessa e dei diritti e delle libertà da essa riconosciuti o assicurati, c'è bisogno di alcuni strumenti di protezione detti garanzie della costituzione»[55].

cit., p. 449, e, più di recente, Ch.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und kontitutionelle Monarchie*, cit., qui p. 43, nota 82).

[53] Art. 107: «Die Verfassung kann auf dem ordentlichen Wege der Gesetzgebung abgeändert werden, wobei in jeder Kammer die gewöhnliche absolute Stimmenmehrheit bei zwei Abstimmungen, zwischen welchen ein Zeitraum von wenigstens ein und zwanzig Tagen liegen muß, genügt» (cfr. *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850*, cit., p. 513).

[54] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.2, p. 586.

[55] *Ibidem*.

Queste garanzie potevano essere, secondo Rönne, «generali» o intese «in senso stretto». Tra quelle generali Rönne ricordava le già incontrate determinazioni costituzionali sull'organizzazione e i diritti della rappresentanza popolare, quelle sull'indipendenza della giustizia, sulla 'vera' libertà di stampa e l''illimitata' libertà di associazione, quella, infine, relativa alla pubblicità degli atti del governo e della rappresentanza. Garanzie della costituzione in senso stretto invece erano per Rönne quelle «istituzioni *giuridiche* che sono state adottate positivamente, direttamente e specificamente allo scopo di assicurare la costituzione da violazioni arbitrarie di vario tipo o da eventuale sospensione, e cioè per ridare validità e riconoscimento al diritto violato». A queste garanzie particolari appartenevano – sempre secondo Rönne –: «1) il giuramento alla costituzione, 2) l'accoglimento del principio della responsabilità ministeriale per le azioni del sovrano e in genere l'istituto della messa in stato d'accusa dei ministri, 3) le forme aggravanti per la modifica della costituzione»[56], per l'appunto quelle di cui si parlava all'art. 107 della costituzione.

La costituzione infatti, che evidentemente non poteva essere modificata in ogni sua parte, al contrario di quanto affermerà in piena epoca giuspositivistica l'allievo di Laband, Max Fleischmann[57], poteva ancor meno essere modificata troppo spesso o con leggerezza: allo scopo di scoraggiare interventi su di essa di questo tipo erano state stabilite nella costituzione prussiana, come del resto in molte altre costituzioni tedesche, forme aggravanti del procedimento di modifica[58].

Secondo l'art. 107 della costituzione prussiana, si è visto, la costituzione poteva essere modificata, reimmettendo quindi in circolo il potere costituente, dalle medesime istituzioni che esercitavano il potere legislativo. La procedura si differenziava tuttavia dalla via ordinaria della legislazione perché per la validità delle delibere di ognuna delle due Camere erano necessarie due votazioni, l'una a distanza di almeno 21 giorni dall'altra.

Il trascorrere di questo periodo serviva evidentemente affinché l'opinione pubblica avesse il tempo necessario di venire a conoscenza del fatto che in

[56] *Ibidem*, pp. 586-587 (evidenziato in originale).

[57] M. FLEISCHMANN, *Der Weg der Gesetzgebung in Preussen*, Breslau 1898, p. 115.

[58] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.2, p. 615. Alla nota 2 della medesima pagina Rönne citava come esempio: il § 176 della costituzione del Württemberg del 1819, il Tit. X, § 7 della costituzione della Baviera del 1818, il § 110 della costituzione di Hessen-Darmstadt del 1820, il § 153 della costituzione dell'Assia Elettorale del 1831, il § 152 della costituzione della Sassonia del 1831, il § 180 della costituzione dell'Hannover del 1840, l'art. 212 di quella dell'Oldenburg del 1852.

parlamento era stato attivato un procedimento di modifica costituzionale, di raccogliere informazioni circa la natura e la portata della modifica che si intendeva apportare, e di far quindi pervenire la propria opinione alle Camere. L'intervallo temporale di 21 giorni avrebbe infine anche dovuto consentire a queste ultime di prendere atto dell'orientamento dell'opinione pubblica e di trovare il modo di tenerne conto nel confronto parlamentare sulla modifica o revisione della costituzione.

Se si segue la storia delle origini della costituzione prussiana, si vede come la determinazione dell'art. 107 fosse stata introdotta per la prima volta solo con la costituzione ottriata del 1848[59]. I precedenti progetti costituzionali avevano previsto per la modifica della costituzione addirittura la maggioranza qualificata dei due terzi, in continuità con le costituzioni 'costituzionali' prequarantottesche che avevano generalmente previsto condizioni più restrittive[60].

Il fatto che la garanzia giuridica della costituzione espressa dall'art. 107 risultasse alquanto al di sotto delle aspettative dei costituenti prussiani del 1848, non servì ad impedire che, solo pochi anni dopo l'emanazione della costituzione del 1850, fossero avanzate alle Camere proposte di legge miranti a contenere ulteriormente la portata delle aggravanti procedurali previste dall'art. 107. Proposte di modifica miranti a ridurre il lasso di tempo che doveva intercorrere tra la prima e la seconda votazione, furono avanzate infatti sia nella sessione legislativa del 1855-1856, sia, di nuovo, nella sessione del 1856-1857[61], a riprova di come le aggravanti

[59] *Ibidem*, p. 615, nota 4 e L. VON RÖNNE, *Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, vom 31. Januar 1850*, Berlin 1859^3, p. 208.

[60] La costituzione del Baden del 1818 (§ 64) aveva previsto che nessuna legge di modifica o interpretazione autentica della costituzione potesse passare se non con l'approvazione dei due terzi dei presenti in ogni camera. La costituzione dell'Assia del 1820, nel richiedere la presenza alla prima camera di almeno 12 e alla seconda di almeno 26 membri, imponeva di fatto, almeno nel primo *iter* legislativo, una maggioranza qualificata addirittura superiore a quella dei due terzi. Le costituzioni dell'Assia Elettorale e dell'Hannover richiedevano, in prima battuta, l'unanimità dei presenti per leggi di modifica costituzionale e, solo nel caso che questa non fosse stata raggiunta nel primo *iter* legislativo, una maggioranza qualificata in due sessioni successive della dieta. La costituzione bavarese del 1818 richiedeva addirittura la presenza dei tre quarti dei presenti in ognuna delle due Camere. Sui procedimenti di modifica costituzionale nelle costituzioni tedesche della prima e seconda ondata costituzionale si veda Ch.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und kontitutionelle Monarchie*, cit., pp. 50 ss.

[61] Cfr. L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.2, pp. 615-616 (nota). Un primo *Antrag* in questo senso, e in particolare nel senso di ridurre

del processo legislativo di modifica costituzionale contenute nell'art. 107, per quanto minime, ancora costituissero un ostacolo per le forze politiche conservatrici impegnate a minare l'integrità e la coerenza testuale della costituzione.

b) La misura in cui una costituzione effettivamente vive come norma di rango superiore si desume non solo dalla capacità di imporsi al legislatore nel momento della preparazione di 'nuove' leggi, ma anche dalla sua capacità di imporsi sul 'vecchio' diritto precostituzionale, vigente al momento dell'emanazione della costituzione e da essa non espressamente abrogato, e di imporsi in particolare al giudice che quel diritto precostituzionale dovrebbe applicare.

Che la costituzione dovesse effettivamente valere come superiore a tutti gli altri tipi di norme, non era affermato in modo esplicito nella costituzione prussiana del 1850. Il suo *Vorrang* era chiaramente deducibile però, secondo la dottrina liberale, dal fatto che essa fosse stata proclamata dallo stesso monarca come «legge fondamentale dello Stato»[62]; la

da 21 a 10 giorni il lasso di tempo tra una votazione e l'altra all'interno di ognuna delle due Camere, fu presentato alla Camera dei signori il 14 gennaio 1856 da Alexander von Daniels (cfr. *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des preussischen Herrenhauses* [d'ora in poi *StenBerHH*], IV Legislatura, I sessione, 4a seduta del 14 gennaio 1856, pp. 13-14) e qui approvato in seconda votazione il 23 gennaio 1856. L'*Antrag* di von Daniels, trasmesso il 23 febbraio alla Camera dei deputati con allegato un parere favorevole del governo, fu però da questa respinto, poco tempo dopo avere già rigettato un altro disegno di legge, che le era stato sottoposto il 15 gennaio 1856 e avente come primo firmatario von Graevenitz (Hirschberg), mirante a ridurre l'intervallo di tempo tra una votazione e l'altra addirittura, stavolta, a 7 giorni (cfr. *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des preussischen Abgeordnetenhauses* [d'ora in poi *StenBerAH*], IV Legislatura, I sessione, 56a seduta del 14 aprile 1856, pp. 1048-1052). La questione della modifica dell'art. 107 fu nuovamente sottoposta all'attenzione delle Camere nella sessione immediatamente successiva, quando fu lo stesso ministro degli Interni Westphalen a presentare alla Camera dei deputati, il 24 gennaio 1857, un progetto di legge di modifica dell'art. 107 che prevedeva la riduzione a 10 giorni del lasso di tempo tra la prima e la seconda votazione all'interno di ognuna delle due Camere. Il progetto di legge governativo fu rigettato già in sede di commissione l'11 febbraio 1857 (cfr. *Bericht der Kommission für Verfassungsangelegenheiten über die zwei Gesetz-Entwürfe, betreffend die Abänderung der Artikel 76. und 107. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850*, relatore v. Keller, pp. 1-12, in *StenBerAH*, IV Legislatura, II sessione, *Drucksachen*, n. 87).

62 Così ad esempio, tra i giuristi liberali, E. LASKER, *Wie ist die Verfassung in Preußen gehandhabt worden?* (1861), in *Zur Verfassungsgeschichte Preußens*, Leipzig 1874, pp. 1-79, qui p. 9. Sul «rapporto in cui stanno le fonti del diritto pubblico prussiano tra di loro» e sul «Vorrang» della costituzione prussiana del 1850, cfr. L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.1, pp. 84 ss.

qualificazione di *Staatsgrundgesetz* compariva nel prologo stesso della carta costituzionale[63].

Che la costituzione prussiana non fosse però da considerarsi solo parte di un sistema normativo gerarchicamente ordinato, ma che di tale sistema essa avrebbe dovuto necessariamente rappresentare il vertice, si poteva dedurre indirettamente anche dalle misure adottate dal costituente a garanzia e tutela della sua validità, efficacia, e stabilità. Soprattutto per evitare che alla lettera della costituzione e ai nuovi principi da essa portati ad affermazione, particolarmente nella parte sui diritti di libertà individuali e collettivi (Titolo II), potesse validamente opporsi il diritto precostituzionale ancora vigente in Prussia dopo l'entrata in vigore della costituzione, era stata infatti introdotta in essa la disposizione dell'art. 109.

Questo articolo, secondo cui «... tutte le determinazioni di codici vigenti, leggi e ordinanze che non contrastano con la presente costituzione, restano in vigore sino a che non siano modificate per legge»[64], e che aveva evidentemente lo scopo di agevolare l'annullamento del diritto precostituzionale che entrasse in diretta collisione con la lettera della costituzione[65], certo non era tale, come giustamente ha rilevato di recente Christian Hermann Schmidt[66], da spazzar via immediatamente e radicalmente ogni residuo dell'ordinamento giuridico preesistente all'emanazione della costituzione, come invece era accaduto in Francia la notte del 4 agosto 1789 quando erano stati aboliti tutti i resti del regime feudale e dei suoi privilegi. Indubbiamente, se con Schmidt si compie lo sforzo di comprendere se davvero esistesse un ordinamento gerarchico delle norme e quindi una superiorità della costituzione a partire dal modo in cui era formulata la regola per il caso di norme anticostituzionali, e ci si sofferma a indagare la relazione esistente nella costituzione prussiana, come nelle costituzioni 'costituzionali' ottocentesche in genere, tra l'enunciazione del principio di collisione e l'affermazione della costituzione come metro di giudizio di tutte le altre norme, non si potrà non convenire che con l'art. 109 erano tutt'altro che approntati strumenti 'concreti' ed efficaci per la risoluzione

[63] Qui si affermava infatti «... Wir verkünden dieselbe [die Verfassung] als Staatsgrundgesetz, wie folgt ...» (cfr. *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850*, cit., p. 501).

[64] Cfr. *ibidem*, p. 514.

[65] Altro discorso apriva invece, evidentemente, la sussistenza degli stati di fatto regolati da quel diritto, che però era un problema su cui evidentemente nessuna costituzione poteva proporsi esplicitamente di intervenire.

[66] Ch.H. SCHMIDT, *Vorrang der Verfassung und kontitutionelle Monarchie*, pp. 68-70.

immediata dei casi di collisione tra costituzione e diritto pre- e/o anticostituzionale a favore della prima[67].

D'altra parte, però, non si può nemmeno non prendere atto di come una determinazione quale quella dell'art. 109 rappresentasse pur sempre un'espressione inconfondibile della volontà politica dei padri della costituzione di segnare, nel momento in cui si lasciava intravvedere almeno per grandi linee un ordinamento gerarchico delle norme giuridiche e la superiorità in esso del nuovo diritto costituzionale[68], una chiara cesura nella continuità storica della produzione normativa[69]. Del resto, nella sua sostanza, l'art. 109 della costituzione prussiana non era molto differente da formulazioni come quella dell'art. 70 della costituzione francese del 1830 («Tutte le leggi e le ordinanze incompatibili con le disposizioni adottate

[67] Cfr. *ibidem*, p. 69: «Diese Regelung [dell'art. 109] verweist in programmatischer Weise mehr auf eine künftige Gesetzgebung, als dass sie ein Kollisionsprinzip in bezug auf vorkonstitutionelles Recht zum Ausdruck bringt», e, poco oltre nel testo, «Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die normtheoretisch verheißungsvollen Kollisionsregeln nicht imstande waren, den Maßstabcharakter einer Verfassung greifbar zu machen». Anche dopo un serrato confronto con la dottrina costituzionale (cfr. *ibidem*, p. 120) Schmidt giunge al medesimo sconfortante risultato: «Auch aus der Auseinandersetzung der Lehre mit den Kollisionen von Verfassung und Gesetz läßt sich ein schlüssiges Modell der hierarchischen Ordnung der Rechtsnormen durchweg nicht ableiten. Gerade hier, wo es nach heutigem Verständnis dogmatisch zum Schwur kommen müßte [*sic!*], fehlt es an einer eindeutigen rechtstheoretischen Begründung für die Auflösung von Normkollisionen».

[68] Circostanza che invece Ch.H. Schmidt nega, anche se non recisamente, sia sulla base dell'analisi testuale (*ibidem*, pp. 89-91), sia sulla scorta di un esame della «dottrina costituzionale» (*ibidem*, pp. 115-122). Secondo Schmidt «differenziazione di norme» sarebbe altra cosa che «gerarchia di norme», e il «Vorrang der Verfassung», qualora presente, avrebbe implicato 'necessariamente' [!] anche il «Nachrang des Gesetzgeber», che però, secondo Schmidt non a caso, non si trova nella dottrina del periodo.

[69] La perplessità di Schmidt, a proposito della forza normativa espressa da un articolo come il 109 della costituzione prussiana sull'ordinamento giuridico preesistente, è a mio avviso fatalmente ineliminabile qualora la storia del diritto si ostini pervicacemente a battere la via del confronto costante, e a mio avviso troppo impari, delle costituzioni 'costituzionali' ottocentesche con il ben più 'attrezzato' *Grundgesetz* del 1949, ponendolo implicitamente come stella polare di un'analisi storica che peraltro ha individuato in esso, ancor prima di iniziare il suo cammino, anche il suo punto di arrivo (cfr. ad esempio *ibidem*, p. 64). La asimmetricità del confronto potrebbe forse essere utilmente temperata da una maggiore storicizzazione del contesto e dei termini della comparazione storico-giuridica; rincorrendo anzitutto la valorizzazione positiva del presente giuridico-costituzionale (il *Grundgesetz* in vigore) si corre inevitabilmente il rischio di occultare irrimediabilmente la carica innovativa della carta costituzionale ottocentesca nel suo impatto sul preesistente ordinamento giuridico e politico-costituzionale, con il risultato di offrire una riscostruzione eminentemente teleologica della storia giuridico-costituzionale.

con la riforma della Carta [del 1814], sono da questo momento nulle e abrogate»), dell'art. 81 dello Statuto albertino («Ogni legge contraria al presente Statuto è abrogata»), e, addirittura, dell'art. 138 della costituzione belga del 1831 («A partire dal giorno in cui la costituzione entrerà in vigore, tutte le leggi, i decreti, le ordinanze, i regolamenti e gli altri atti ad essa contrari saranno abrogati»), formulazioni di cui si è detto avere «costituito un notevolissimo passo in avanti nella tecnica costituzionalistica ottocentesca» e di cui è stata riaffermata la «valenza normativa» e non solo genericamente politica, all'interno di una prospettiva interpretativa, certo molto distante da quella di Schmidt, che anche e soprattutto in riferimento alle costituzioni ottocentesche sente opportunamente la necessità di ribadire che «la costituzione scritta [è] un atto in sé e per sé superiore»[70].

Per toccare con mano sino a che punto anche la dottrina di epoca costituzionale fosse assolutamente consapevole del significato dell'art. 109 della costituzione, come àncora normativa del principio dell'ordinamento gerarchico delle fonti giuridiche e della preminenza in esse della costituzione, è sufficiente andarsi a rileggere ancora una volta Ludwig von Rönne: «La carta costituzionale (art. 109) abolisce tutte le precedenti leggi e ordinanze ... espressamente in contrasto con una norma della costituzione ... L'art. 109 della costituzione, che esprime solo negativamente la proposizione per cui le leggi e le ordinanze sin qui emanate in contrasto con la costituzione sono da essa abolite, non può avere nessun'altro senso che quello qui posto, perché diversamente non avrebbe nessun senso ... Alla carta costituzionale spetta inoltre la preminenza [*Vorrang*] di fronte alle leggi ordinarie varate dopo la sua emanazione ... ed ancor più di fronte alle semplici ordinanze»[71].

c) Tra le norme della costituzione che consentivano alla rappresentanza popolare la custodia della costituzione, si è qui inserito l'art. 106, e in particolare il suo secondo comma, che affermava: «Il controllo della validità giuridica di ordinanze regie debitamente promulgate spetta alle

[70] Sul valore normativo degli articoli delle tre costituzioni qui accostate a quella prussiana cfr. A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Padova 1995, in particolare pp. 34-35; sulla naturale «superiorità» delle costituzioni ottocentesche, e quindi non solo di quelle ritenute «rigide» perché prevedono uno speciale procedimento per la revisione costituzionale cfr. *ibidem*, p. 9.

[71] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.1, pp. 84 e 85.

Camere e non alle *Behörde*», intendendo con quest'ultimo termine, ovviamente, l'autorità giudiziaria. Questo secondo comma dell'art. 106 non si ritrova però, sorprendentemente, tra le determinazioni costituzionali a cui, secondo Rönne, la rappresentanza popolare poteva appellarsi per difendere il testo e lo spirito della costituzione.

Eppure in esso Reichensperger, al Terzo Congresso dei giuristi tedeschi, aveva ravvisato la base giuridica del potere della rappresentanza popolare prussiana di giudicare sulla costituzionalità delle ordinanze regie emanate senza il consenso della rappresentanza popolare. Il giurista cattolico infatti, che come abbiamo visto riteneva la divisione dei poteri la «formula fondamentale di tutto lo Stato di diritto costituzionale», la formula per cui «non c'è nessun potere che possa tutto, e ogni diritto trova il suo limite nel diritto di un altro», per cui, insomma, «nemmeno i tribunali sono sovrani e possono imporre il loro convincimento anche alla legislazione»[72], aveva contestato ai giudici, pur essendo egli stesso tale, e proprio richiamandosi al testo dell'art. 106, qualsiasi potere di controllare la costituzionalità non solo delle leggi ma anche delle ordinanze. In questa occasione Reichensperger, certo generalizzando la presenza di una determinazione come quella dell'art. 106 che in realtà non era proprio «ormai diritto comune tedesco» come lui pretendeva di far credere, aveva affermato: «Nella maggior parte delle costituzioni tedesche, ad esempio nella costituzione prussiana, in quella dell'Hannover[73], in quella dell'Assia Elettorale[74], ovunque, è stabilito che non le autorità giudiziarie, ma solo

[72] Cfr. *Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages*, II, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1862, cit., p. 34.

[73] Il riferimento di Reichensperger è qui con tutta probabilità erroneo, visto che in realtà ciò che egli presumibilmente aveva in mente non era contenuto né in un articolo costituzionale, né in un articolo di legge, ma era stato disposto da un'ordinanza governativa, la già incontrata ordinanza dell'Hannover del 1° agosto 1855 (cfr. *supra*, nota 5), in cui si affermava: «I tribunali e le autorità amministrative devono osservare le leggi e le ordinanze promulgate nel rispetto della forma prescritta e vegliare affinché siano osservate, senza che sia loro concesso, né di giudicare se ci sia stato, come previsto dalla costituzione, il consenso dei ceti, né se lo stesso sia stato sempre necessario. Nel caso sorgano dubbi se in una legge debitamente promulgata sia stata sufficientemente osservata la costituzionale collaborazione dei ceti, spetta loro solo di presentare delle richieste al proposito» (a questa ordinanza si faceva riferimento tra l'altro nel *Gutachten N. 9 über die Gesetzgebungsfrage: «ob der Richter auch über die Frage zu befinden habe, ob ein Gesetz verfassungsmässig zu Stande gekommen», des Professor Dr. von Stubenrauch in Wien*, pubblicato in *Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages*, I, Berlin 1863, pp. 199-211, qui p. 210).

[74] Il riferimento di Reichensperger non era qui, certamente, alla costituzione del 1831, che pure attraverso la determinazione del § 100 aveva in passato consentito alla rappre-

le rappresentanze del paese, e non anche i tribunali, hanno il potere di decidere sulla costituzionalità delle ordinanze regie, venute in essere unilateralmente e senza il consenso delle rappresentanze del paese»[75]. Secondo Reichensperger insomma la determinazione dell'art. 106 della costituzione prussiana era per così dire emblematica del ruolo decisivo che nel diritto tedesco in genere la rappresentanza popolare poteva assumere in difesa della costituzione da eventuali violazioni perpetrate attraverso ordinanze di emergenza.

Sulla valutazione delle potenzialità insite nella determinazione dell'art. 106 ancora diversa, sia da quella di Reichensperger sia da quella appena accennata di Rönne su cui tuttavia si tornerà diffusamente fra breve, era la posizione del grande giuspubblicista liberale, accademico prestato alla politica e strenuo difensore della legalità costituzionale, Rudolf von Gneist[76].

sentanza popolare di mettere in stato d'accusa i ministri o i loro rappresentanti, resisi colpevoli di violazione della costituzione, per lasciarli poi giudicare dall'*Oberappellationsgericht*, ogni cui sentenza di colpevolezza doveva avere come immancabile conseguenza l'allontanamento dall'ufficio (cfr. § 100 della *Verfassungsurkunde für das Kurfürstentum Hessen vom 5. Januar 1831*, ripubblicata in P. POPP, *Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage im Spannungsfeld von Verfassungsgebung und Verfassungswirklichkeit*, cit., pp. 367-375, in particolare p. 371). Per inciso, tale circostanza si era in Assia realmente e ripetutamente verificata, scatenando un conflitto costituzionale violentissimo che si chiuse solo nel novembre 1850, con l'intervento del *Bundestag*, peraltro senza soddisfare appieno le aspettative dell'opposizione liberale (cfr. F. THEISEN, *Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit. Kurhessische Rechtsprechung von 1821-1848*, Köln - Weimar - Wien 1997, in particolare pp. 305-330 e pp. 308 ss.). Il riferimento di Reichensperger era qui piuttosto, quasi sicuramente, al § 83 della costituzione ottriata del 1852, che rappresentò il frutto di un procedimento di revisione dall'alto a cui era stata sottoposta la progressista costituzione assiana del 1831; tale revisione aveva 'purgato' quest'ultima delle determinazioni più pericolose per l'autonomia decisionale del sovrano monarchico. Il § 83 asseriva: «... Attraverso la contrassegnatura ... detti ordini e disposizioni ... acquistano generale credibilità e attuabilità. Questa conseguenza giuridica è determinante senza eccezioni sia per i tribunali che per tutte le altre autorità dello Stato, così che resta riservato esclusivamente ai ceti di discutere con il governo dell'emanazione di ordinanze» (cit. da *Die oktroyierte Verfassungsurkunde für das Kurfürstentum Hessen vom 13. April 1852*, ripubblicata in P. POPP, *Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage im Spannungsfeld von Verfassungsgebung und Verfassungswirklichkeit*, cit., pp. 387-389, in particolare p. 388). La lotta per il ristabilimento della costituzione del 1831 durò in Assia Elettorale ben 10 anni, dal 1852 al 1862.

[75] *Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages*, II, prima assemblea plenaria del 25 agosto 1862, cit., p. 36.

[76] Tra gli ultimi lavori usciti sull'impegno politico di Rudolf von Gneist, cfr. E.J. HAHN, *Rudolf von Gneist 1816-1895. Ein politischer Jurist in der Bismarckzeit*, Frankfurt a.M. 1995.

Proprio a lui il Quarto Congresso dei giuristi tedeschi aveva chiesto un *Gutachten* sulla proposta di Hiersemenzel. Alla questione che gli era stata sottoposta, «se il giudice dovesse giudicare sul venire in essere [*Zustandekommen*] conformemente alla costituzione di una legge o di una ordinanza», Gneist aveva risposto, a chiusura del suo lungo parere giuridico, affermativamente[77].

Ciononostante la convergenza di Gneist con la proposta di Hiersemenzel era più apparente che reale, dato che quest'ultimo voleva riconoscere ai giudici un potere molto ampio di controllo delle norme, intendendo con ciò un controllo di costituzionalità non solo delle ordinanze ma anche delle leggi e quindi anche delle leggi cosiddette provvisorie, un controllo di costituzionalità sia formale che materiale, un controllo assai ampio e allo stesso tempo penetrante che, se portato all'estremo limite, avrebbe potuto mettere in crisi dalla base l'intero edificio normativo su cui si fondavano le nuove istituzioni costituzionali dello Stato prussiano.

Gneist infatti, dopo aver riconosciuto ai giudici il potere di verificare che la legge che essi si trovavano ad applicare fosse effettivamente una legge, avesse cioè ottenuto il consenso dei ceti[78], e dopo avere riconosciuto loro anche il potere di verificare, sia che l'ordinanza d'emergenza che si accingevano ad applicare avesse 'forza di legge' in quanto tale, non avesse cioè indebitamente invaso il terreno della legislazione[79], sia che l'ordinanza emanata in attuazione di legge non avesse oltrepassato il limite tra attuazione e modifica della legge, chiuse infine il suo *Gutachten* negando proprio ciò che a Hiersemenzel stava più a cuore, e cioè il controllo giudiziario della rispondenza di leggi e ordinanze ai principi espressi dalla costituzione, il controllo della loro costituzionalità materiale. Gneist negò in particolare che i giudici nei confronti delle ordinanze d'emergenza avessero altro potere se non quello di controllare che nella loro emanazione fossero state rispettate le forme prescritte dalla costituzione (in Prussia, art. 63)[80], come anche negò, in riferimento stavolta alle leggi in senso stretto, che «[spettasse] ai tribunali tedeschi ... il potere di verificare se gli organi costituzionali avessero fatto il giusto uso del

[77] *Gutachten des Professor Dr. Gneist in Berlin*, in *Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages*, I, cit., pp. 212-239, in particolare p. 229. Il *Gutachten* di Gneist fu anche pubblicato separatamente sotto il titolo *Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmässig zu Stande gekommen?*, Berlin 1863.

[78] *Ibidem*, p. 229.

[79] *Ibidem*, pp. 229-230.

[80] *Ibidem*, p. 230.

loro potere di dare le leggi, e dunque di verificare ... se il signore territoriale e le sue Camere nel varare una legge avessero sufficientemente tenuto conto ad esempio dei diritti garantiti di corporazioni o dei principi fondamentali della costituzione». «Nel loro potere legislativo – aggiunse Gneist allineandosi del tutto alla gerarchia dei poteri dello Stato posta da Reichensperger e Bluntschli – non sono il signore territoriale ed i suoi ceti ad essere subordinati ai tribunali, ma i tribunali ad essi»[81].

Dopo aver analizzato la condizione della giustizia in rapporto agli altri poteri nelle epoche precedenti, quando essa aveva rivestito un ruolo predominante, Rudolf Gneist, che non era certo un pratico del diritto come Hiersemenzel, e a cui, come del resto a Rönne, premeva di affermare la superiorità del diritto costituzionale su quello legislativo ma non sfuggiva neppure il vincolo inscindibile instauratosi tra le nuove costituzioni e i parlamenti in epoca costituzionale, finiva per individuare nel parlamento, pur con tutti i suoi limiti, il solo e unico custode della costituzione, specialmente quando ad essere in questione erano i diritti della totalità del popolo e non quelli individuali. Da quando erano le costituzioni a incarnare il «più alto diritto formale del paese», disse Gneist convergendo con le prese di posizione di Reichensperger e Bluntschli, a rappresentare e a difendere i «diritti della totalità» da esse espresse erano chiamate le rappresentanze di quella totalità, e cioè le Camere o le diete[82].

Il fatto che alcune costituzioni come la prussiana contenessero disposizioni, quali quella dell'art. 106, che vietavano ai tribunali di verificare la validità di ordinanze del signore territoriale, era certo giudicato da Gneist «in contraddizione con la posizione storicamente detenuta dai tribunali tedeschi»; non si doveva assolutamente compiere l'errore di vedere in tali disposizioni il diritto della «maggior parte degli stati tedeschi»[83], replicava Gneist alle affrettate generalizzazioni di Reichensperger cui si è accennato sopra. Secondo Gneist, se addirittura non si poteva arrivare a dire che con un tale articolo la costituzione avesse rinunciato a sancire il principio della difesa giuridica della costituzione, dato che non si poteva trascurare il fatto che essa avesse anche sancito, con l'art. 61, il principio della responsabilità ministeriale[84], certo era tuttavia che

[81] *Ibidem.*

[82] *Ibidem*, p. 227.

[83] *Ibidem*, p. 236.

[84] Art. 61: «I ministri possono essere posti in stato d'accusa, su decisione di una Camera, per i reati di violazione della costituzione, di corruzione e di tradimento. Su tali accuse

con l'art. 106, se rimaneva intatto il potere delle Camere di controllare la costituzionalità degli atti del governo e di punire gli atti incostituzionali da esso intenzionalmente compiuti contro i diritti della totalità del popolo, si era però anche esclusa la possibilità, facendo seguito, sempre secondo Gneist, a quel «principio fondamentale del costituzionalismo francese per cui i diritti del singolo passano in secondo piano rispetto a quelli della collettività», che i giudici potessero difendere il singolo cittadino dagli effetti di un atto incostituzionale[85].

Nell'art. 106 della costituzione prussiana non si poteva comunque in nessun caso rinvenire il diritto cosiddetto «normale» degli stati tedeschi, non foss'altro che in considerazione del tempo e delle circostanze in cui quell'articolo era nato; per coprire cioè, asseriva con tono grave Gneist, una rottura della costituzione o per renderla possibile[86]. E in effetti questo articolo, aveva spiegato Rönne nel suo commentario alla costituzione prussiana del 1859[87], esplicitando allo stesso tempo il motivo della sua resistenza ad ascrivere ai 'poteri' positivi delle Camere il 'diritto' qui sancito di giudicare della validità giuridica (*Rechtsgültigkeit*) delle ordinanze, era comparso nella costituzione prussiana vigente in origine per iniziativa proprio del monarca.

Il comma secondo dell'art. 106 in questione, solo leggermente diverso rispetto a quello che entrerà definitivamente nella costituzione, corrispondeva nella sua sostanza, infatti, alla XIIIa Proposizione presentata dal monarca alle Camere nel corso della revisione della costituzione concessa, revisione da cui era poi scaturita quella «revidierte» del 1850. Il monarca, spiegava nel suo commentario Rönne, rendendo definitivamente chiaro il motivo profondo della sua riluttanza a considerare positivamente l'art. 106 come arma giuridica della rappresentanza popolare contro l'eventuale emanazione di ordinanze anticostituzionali, avrebbe chiesto l'aggiunta di questo comma non tanto con l'intenzione di conferire un potere alle Camere, quanto piuttosto con quella di toglierne uno ai tribunali, di togliere

decide il massimo tribunale della monarchia a senati unificati. Fin quando continueranno ad esistere due tribunali supremi, essi si riuniscono insieme a questo scopo. Determinazioni più precise sui casi di responsabilità, sulla procedura e sulle pene sono riservate ad una legge particolare» (cfr. *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850*, cit., p. 507).

85 *Gutachten des Professor Dr. Gneist in Berlin*, cit., p. 236.

86 *Ibidem*, pp. 236-237.

87 L. VON RÖNNE, *Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, vom 31. Januar 1850*, cit., p. 207.

cioè loro il potere di controllo della validità giuridica delle ordinanze. In questo modo, aveva allora asserito il monarca a motivazione della sua richiesta di inserire nella costituzione questa disposizione, si sarebbe preservato il principio della autonomia dei poteri che presiedono all'esercizio legislativo[88].

L'iniziale sospetto della Seconda camera del 1849 verso quello che diverrà il secondo comma dell'art. 106, portò in un primo momento al suo rigetto da parte della commissione per la revisione costituzionale[89]. Essa riteneva infatti che il giudice non avrebbe ecceduto i limiti della sua sfera di competenza mantenendo il diritto di effettuare il controllo di validità delle norme, mentre diversamente, qualora questo gli fosse stato sottratto, da un lato ne sarebbe risultata assai sminuita la considerazione di cui tradizionalmente godeva il ceto giudiziario, dall'altro sarebbe stata smisuratamente allargata la facoltà e la libertà del governo o del mo-narca di emanare ordinanze d'emergenza, facoltà sancita dall'art. 105 della costituzione concessa, il futuro art. 63 di quella riveduta del 1850. La diffidenza della commissione fu però superata dall'aula, che alla fine decise di accogliere la proposta di inserzione del monarca dopo avergli conferito la forma che mantenne poi definitivamente[90].

Lo scetticismo manifestato dalla Seconda camera all'epoca della revisione della costituzione nei riguardi del principio affermato nel II comma dell'art. 106, resistette ancora a lungo nell'opinione dei giuspubblicisti liberali prussiani, anche se, con il tempo, finirà con il prevalere nelle loro argomentazioni un atteggiamento di razionale accettazione se non addirittura lo sforzo di valorizzare adeguatamente quanto di positivo quella determinazione potesse potenzialmente significare nel senso di estendere l'ambito di competenza delle Camere. Nella terza edizione del suo *Staatsrecht* (1869-1872) lo stesso Rönne dovette riconoscere che la determinazione dell'art. 106, pur non contribuendo a rafforzare il principio del *Vorrang* della costituzione rispetto alle leggi ordinarie in modo diretto ed esplicito, non si poneva d'altra parte in nessun modo in contrasto con esso[91]. Da esso risultava infatti che se effettivamente «il diritto e il dovere in particolare dell'autorità giudiziaria di giudicare su

88 *Ibidem*, p. 207, n. 6.

89 *Ibidem*, p. 207, n. 7.

90 *Ibidem*, p. 206.

91 Cfr. L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.1, pp. 84 ss.; per il riferimento in questo contesto all'art. 106 cfr. *ibidem*, pp. 85-86.

leggi o ordinanze incostituzionali era inferiore a quanto avrebbe dovuto essere secondo i principi di uno Stato di diritto *konstitutionell*, era d'altra parte proporzionalmente aumentato l'obbligo dei fattori della legislazione, e quindi delle Camere, di verificare in ogni caso che la legislazione si tenesse entro i limiti della legge fondamentale dello Stato»[92]. Come Rönne ebbe modo di argomentare in un saggio scritto in aperta polemica con Stockmar infatti, con il controllo della «validità giuridica» delle norme spettante alle Camere sulla base del secondo comma dell'art. 106, si doveva intendere senz'altro, in epoca costituzionale, anche il controllo della «costituzionalità materiale» delle stesse[93].

Assai più inflessibile riguardo al senso dell'art. 106 si manterrà invece la giuspubblicistica liberale tedesca extraprussiana. Robert von Mohl, che con il tempo era diventato assai scettico sulla possibilità delle Camere di non essere solo un organo di critica negativa nei confronti dell'operato del governo e della sua amministrazione, non mancò nei suoi scritti, nel sostenere il principio della superiorità assoluta della costituzione come fonte del diritto e il principio che da ciò immediatamente discendeva della gerarchia delle fonti del diritto, di stigmatizzare energicamente che con il II comma dell'art. 106 della costituzione prussiana fosse stato negato ai tribunali prussiani quello stesso potere, di non dare applicazione alle ordinanze che apparissero loro in contrasto con la legge, che invece la costituzione belga aveva riconosciuto ai giudici con l'art. 107[94]. E Otto Bähr, uno dei più fermi paladini in Germania dello *Rechtsstaat*[95] e certo uno dei giuristi più attenti a sottolineare, sia la scarsa indipendenza e autonomia della rappresentanza popolare, sia il crescente infiltrarsi in essa, fiaccandone lo spirito di lotta, dell'amministrazione, non mancò di ammonire come «lo Stato di diritto [corresse] serio pericolo ... laddove attraverso la costituzione [era] sottratto ai tribunali il diritto di decidere se

[92] *Ibidem*, p. 86.

[93] Questa in particolare la tesi che Rönne sostenne nel suo lavoro *Über das richterliche Prüfungsrecht bezüglich der Rechtsgültigkeit von Gesetzen und Verordnungen nach Preußischem Staatsrechte*, in *Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 385-416, in particolare p. 403.

[94] R. VON MOHL, *Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze*, cit., p. 71.

[95] Sull'assiano Otto Bähr, che incarnò «a lungo l'ultimo richiamo a sottoporre l'amministrazione al controllo della giustizia», ma non attraverso i tribunali ordinari quanto piuttosto attraverso giudici veramente indipendenti e *ad hoc* per il diritto pubblico, cfr. R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M. 1996, pp. 328-336.

dare seguito ad un'ordinanza solo se ritenuta valida [*rechtswirksam*] (come – esemplificava Bähr – nell'art. 106 della costituzione prussiana)»[96].

Dopo quanto sin qui visto sulle origini dell'art. 106, si comprende certo meglio sia il motivo della differente interpretazione datane all'interno dello *Juristentag*, sia la resistenza del sistematico Rönne a farlo rientrare, al pari dell'art. 107, tra le garanzie giuridiche della costituzione. Delle due norme in cui si affrontavano rispettivamente la questione della revisione e della custodia della costituzione, sarà tuttavia proprio quella che rientrava indiscutibilmente tra le garanzie della costituzione, e cioè l'art. 107, a fallire clamorosamente nella concreta prassi politico-costituzionale, mentre ebbe occasione di dispiegare appieno la sua efficacia la determinazione del secondo comma dell'art. 106, le cui origini tanto avevano allarmato sia Rönne che Gneist.

3. *L'attuazione della costituzione*

La questione di dare attuazione alla lettera costituzionale si poneva in modo particolare per le costituzioni, come quella prussiana, il cui carattere di programma politico, rispettivamente tradotto in rivendicazioni politico-costituzionali dai suoi dichiarati 'amici' e stigmatizzato come inquinamento politico del diritto positivo dai suoi meno dichiarati 'detrattori', era particolarmente pronunciato[97].

Liquidare la valenza politico-programmatica delle costituzioni ottocentesche come un vizio 'infantile', un difetto che ne avrebbe irrimediabilmente inficiato la 'perfezione' tecnico-giuridica e soprattutto compromesso, sia la vincolanza nei confronti del legislatore, sia la giustiziabilità delle norme, come fanno ancora oggi molti storici che leggono teleologicamente le costituzioni ottocentesche, senza cioè riuscire a vedere oltre il cono d'ombra proiettato su di esse dalle 'certezze' giuridico-costituzionali raggiunte nel XX secolo, può rivelarsi euristicamente sterile oltre che indice di scarso

[96] Cfr. O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Skizze*, Kassel - Göttingen 1864, rist. Aalen 1961, p. 190.

[97] Che una costituzione meriti o meno l'appellativo di politico-programmatica può evidentemente essere oggetto solo della valutazione soggettiva rispettivamente del politico, del giurista o dello storico costituzionale. Decisiva sarà comunque in questo senso l'importanza attribuita, sia alle riforme prospettate dalla costituzione e ancora da realizzare, in un futuro più o meno prossimo, nel senso del nuovo Stato costituzionale e di diritto, sia ai mutamenti già verificatisi nella struttura e nel funzionamento delle istituzioni statali con la entrata in vigore stessa della costituzione.

senso storico e politico[98]. Posto che il carattere programmatico di una carta costituzionale riguarda in primo luogo il rapporto costituzione/legislazione attuativa, non si sottolineerà forse mai abbastanza che i discorsi che ancora oggi i costituzionalisti fanno intorno al carattere «programmatico» delle costituzioni novecentesche, e cioè, più specificamente, sulla necessaria «concretizzazione della costituzione attraverso la legge», sulla necessità di intendere la costituzione come «non solo limite, ma anche compito e linea direttiva per una efficace assicurazione della libertà del singolo», su «la libertà che deve essere lasciata al legislatore nella precisazione positiva delle garanzie costituzionali e nell'attuazione del compito affidatogli»[99], facevano parimenti parte del bagaglio e dell'armamentario giuridico-scientifico degli interpreti delle costituzioni ottocentesche, anche se, ovviamente, preferibilmente dei loro 'amici', che non erano certo la maggioranza soprattutto nell'epoca del positivismo maturo.

Era, quella prussiana, una costituzione che, nell'intento dei liberali che avevano partecipato alla sua redazione, doveva rappresentare solo il momento di avvio, non certo di conclusione, del processo di costituzionalizzazione della Prussia. La questione dell'attuazione legislativa della sua lettera era però regolata se possibile ancora meno esplicitamente della questione, su cui ci si è soffermati precedentemente, della sua custodia da parte della rappresentanza popolare.

[98] Di questa impostazione dogmatico-teleologica mi sembra risentano anche alcuni studi storico-costituzionali tedeschi che pure, è bene sottolinearlo, maggiormente si sono mostrati sensibili all'approfondimento del particolare carattere programmatico delle costituzioni 'costituzionali'. Tra di essi il lavoro di Jörg-Detlef Kühne sulla fortuna 'carsica' di molte determinazioni della costituzione della Paulskirche del 1849 (*Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben*, Frankfurt a.M. 1985), quello di M. KOTULLA (*Die Tragweite der Grundrechte der revidierten preußischen Verfassung vom 31.01.1850*, cit.) sulla [non] giustiziabilità dei diritti 'fondamentali' della costituzione prussiana (che addirittura 'preferisce' vedere l'inserzione nella costituzione delle riserve di legge anziché come una 'assicurazione sulla vita' dei diritti di libertà proclamati nella costituzione mentre venivano affidati al legislatore, come una quasi consapevole sospensione della loro giustiziabilità), e infine l'ultimo lavoro, indubbiamente assai pregevole e qui largamente utilizzato, di Ch.H. SCHMIDT (*Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie*, cit.); Schmidt, una volta assodato che le deficienze tecnico-giuridiche, la incompiutezza, o anche l'immaturità teorica, non consentirono alle costituzioni 'costituzionali' tedesche di sprigionare alcuna vincolanza giuridica, finisce per bollare come 'residuale' la funzione di queste costituzioni come norma organizzativa e come irrilevante per il giurista [*sic*!] la loro funzione di stimolo e di appello al legislatore (cfr. ad esempio a questo proposito quanto argomentato, *ibidem*, pp. 133 ss.).

[99] Sulla «concretizzazione della costituzione attraverso la legge» mi limito a rinviare a uno dei più stimati costituzionalisti tedeschi odierni, e cioè P. BADURA, *Die Verfassung*

Dovendo fare i conti con uno Stato cetual-assolutistico che ovviamente resisteva strenuamente alla sua stessa riforma e non essendo scaturita da una rottura rivoluzionaria della continuità storica, come non si stancarono mai di sottolineare i suoi interpreti poco propensi a raccogliere la 'sfida' riformatrice che essa ciononostante evidentemente rappresentava[100], la costituzione prussiana alternava, la creazione di organi costituzionali e istituti giuridici e politici nuovi, la configurazione di nuove relazioni politiche e l'accoglimento di principi nuovi, all'affermazione della necessità di riformulare relazioni e istituti politico-istituzionali già esistenti, rinviando però alla legislazione futura la realizzazione concreta di queste riforme.

Il 'che cosa' dovesse essere in futuro istituito o riformato, 'secondo quali principi' e avendo di mira il conseguimento di 'quali obiettivi', ma soprattutto il 'come' e 'da chi', era detto non in una specifica e tantomeno unica sezione della costituzione, ma piuttosto laddove si trattava dei singoli istituti, delle singole istituzioni, delle singole relazioni politico-giuridiche da fondare *ex-novo* o da riformare. Non c'era infatti nella costituzione prussiana, lo sottolineò insistentemente Gerhard Anschütz all'inizio del XX secolo (nel malcelato intento di pervenire per questa via a legittimare dottrinariamente un'estensione illimitata del concreto ambito di competenza monarchico all'emanazione di ordinanze), un articolo come quello presente nella costituzione di Francoforte (art. V, § 102) o anche, più tardi, nella costituzione imperiale del 1871 (art. 4), dove erano enumerate

im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in J. Isensee - P. Kirchhof (edd), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, VII: *Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen*, Heidelberg 1992, pp. 165-187; per le citazioni riportate nel testo cfr. rispettivamente alle pp. 169 («la costituzione dipende dal legislatore per la sua attuazione concretizzante»), 177, 171, 173 («la legislazione è legata all'ordine costituzionale»).

[100] Come punto di partenza di questo filone interpretativo si può citare, esemplificativamente, la teoria di Friedrich Julius Stahl sulle costituzioni cosiddette «riflesse», quali a suo avviso erano quelle tedesche e la prussiana in particolare (cfr. F.J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, Heidelberg 1856³, II.2, in particolare p. 276: «Nel mezzo stanno le costituzioni riflesse, che certo si basano sulla situazione costituzionale data, ma da un lato [materialmente] intraprendono nuove, incisive riforme degli elementi presenti, e dall'altro [formalmente] si depositano in un documento principale che viene a toccare tutto il diritto pubblico ... La loro giustificazione e la loro apprezzabilità dipende però dal fatto che esse siano date e interpretate in modo e in senso storico e non rivoluzionario, come esaltazione dell'evoluzione storica e non in contrasto con essa»), e come suo punto di arrivo la riflessione di Rudolf Smend e la sua contrapposizione della costituzione prussiana a quella belga del 1831 (cfr. R. Smend, *Die Preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen*, Göttingen 1904, in particolare pp. 78 ss.).

esaustivamente tutte le materie che avrebbero dovuto essere regolate solo con il consenso del parlamento, e cioè per via legislativa[101].

Il rapporto, per così dire, simbiotico, di stretta interdipendenza, tra parlamento e costituzione, era nato sotto i migliori auspici.

Il parlamento, o meglio, come più correntemente si diceva all'epoca, le due Camere[102], erano assurte a organo dello Stato proprio attraverso la costituzione[103]: anche attraverso di esse si esprimeva e articolava ora la volontà politica dello Stato, solo con la loro partecipazione o meglio con il loro consenso poteva essere esercitato nello Stato costituzionale quel potere di legislazione che nell'epoca cetual-assolutistica faceva capo invece al solo monarca (art. 62 della costituzione)[104]. D'altra parte, l'adempimento del primo e più innovativo compito della moderna *konstitutionelle Verfassung*, la 'limitazione' secondo le forme dello Stato di diritto del potere prima assoluto del monarca e la 'garanzia' dei diritti dei cittadini, dipendeva in primo luogo dalla misura in cui la rappresentanza popolare, ora fattore della legislazione insieme al monarca, riusciva a veicolare nelle leggi la lettera e lo spirito della medesima costituzione che l'aveva istituita.

Oltre che il diritto/potere di intervenire e di porre il veto nel processo di legislazione e nell'esercizio della potestà finanziaria, alle Camere era attribuito in genere nelle moderne costituzioni tedesche anche il diritto/potere di controllo dell'azione esecutiva del governo[105], azione che ora, in epoca costituzionale, non era più svincolata da qualsiasi limite ma doveva

[101] G. ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien*, cit., p. 36, n. 59 e, dello stesso autore, *Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt*, cit., p. 35.

[102] Il termine 'parlamento' per indicare la rappresentanza popolare, ha osservato giustamente H. BOLDT, *Parlament, parlamentarische Regierung, Parlamentarismus*, in O. BRUNNER - W. CONZE - R. KOSELLECK (edd), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, IV, Stuttgart 1978, pp. 649-676, in particolare pp. 650-651, entrò nel vocabolario politico tedesco corrente relativamente tardi; dal suo utilizzo si rifuggiva spesso in quanto da più parti ritenuto vocabolo di origine straniera.

[103] «Delle Camere» si intitolava il Titolo V della costituzione prussiana del 1850.

[104] Art. 62: «Il potere legislativo è esercitato insieme dal monarca e dalle due Camere. Per ogni legge è necessario il consenso del monarca e delle due Camere. Progetti di legge finanziari e bilanci pubblici vengono presentati prioritariamente alla Seconda camera; i secondi sono accolti o rigettati in toto dalla Prima camera» (cfr. *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850*, cit., p. 507).

[105] Questa seconda competenza della rappresentanza popolare è riconosciuta anche da un giurista conservatore come cfr. H. ZÖPFL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, Zweiter Teil, cit., pp. 374 ss.

invece dispiegarsi in coerenza con la legge e con il dettato costituzionale. Particolarmente nell'esercitare questo potere di controllo, la rappresentanza popolare rivendicava e metteva in atto, come disse Hermann Schulze, «il suo diritto generalissimo di difendere con tutti i mezzi legali la costituzione e la condizione del diritto in tutto il paese, come anche i diritti di cittadinanza del singolo, da eventuali attacchi del governo. Consiste in ciò – continuava Schulze – l'antica *custodia legum et iurium patriae* che spetta ai rappresentanti del popolo del presente come custodi naturali della costituzione e della legge, proprio come e ancor più che ai ceti territoriali tedeschi del Medioevo»[106].

A differenza però che nell'esercizio della potestà di legislazione e di quella finanziaria, dove le Camere disponevano, come del resto il monarca, di un determinante potere di veto, come soggetto di controllo della legalità e costituzionalità dell'agire monarchico-governativo, esse, per far sentire la loro voce, non avevano a disposizione che strumenti, assai meno efficaci, come quello di inviare messaggi al re, di presentare petizioni, di chiamare i ministri a rispondere del loro operato alla presenza delle Camere, di insediare commissioni d'inchiesta, mentre restò sulla carta il potere di porre i ministri in stato d'accusa (art. 61)[107]. Questi strumenti, pur estremamente importanti allo scopo di riattivare e rimettere in circolo la partecipazione critica alla vita politica dell'opinione pubblica e degli elettori, non consentivano comunque alle Camere di respingere o annullare un eventuale atto governativo o regio ritenuto illegale o anche apertamente incostituzionale. Il fatto inoltre che non trovò attuazione legislativa l'art. 61 della costituzione che aveva 'promesso' una legge che consentisse di concretizzare il principio della responsabilità ministeriale in caso di violazione o sospensione della costituzione, lascia chiaramente intuire quanto debole fosse il potere delle Camere di contrastare l'operato del monarca e del suo governo in caso di sospetta illegalità o incostituzionalità particolarmente nell'emanazione di ordinanze o di cosiddette ordinanze con forza di legge. In questo caso la costituzione prussiana, che non aveva dotato le Camere di poteri tali da fungere da deterrente, consentiva di intervenire solo *ex post*, e ciò sia sulla base dell'art. 63 («Solo nel caso in cui lo richieda con urgenza il mantenimento dell'ordine pubblico o un eccezionale stato d'emergenza, possono venir emanate, limitatamente al periodo in cui non sono riunite le Camere e sotto la responsabilità di

[106] H. SCHULZE, *Das Staatsrecht des Königreichs Preußen*, in *Handbuch des Öffentlichen Rechts*, II, Freiburg i.Br. - Tübingen 1884, pp. 1-165, qui p. 57.

[107] Per l'art. 61 cfr. *supra*, nota 84.

tutto il governo [*Staatsministerium*], ordinanze con forza di legge non in contrasto con la costituzione. Le stesse però devono essere immediatamente sottoposte all'approvazione delle Camere, non appena queste si siano nuovamente riunite»), sia sulla base del secondo comma dell'art. 106, a cui come si è visto si era fatto spesso riferimento nel corso dei lavori del Congresso dei giuristi tedeschi. Se infatti con l'art. 63 la costituzione aveva vincolato il ricorso del governo alle ordinanze con forza di legge alla sussistenza di non poche condizioni e ne aveva subordinato la validità giuridica alla successiva verifica da parte delle Camere della effettiva sussistenza di quelle condizioni, con l'art. 106 essa aveva indicato nelle Camere il solo organo competente a pronunciarsi sulla validità giuridica delle ordinanze, e con ciò, avrebbe aggiunto Rönne, sulla loro costituzionalità.

L'unico ambito in cui le Camere di età costituzionale erano passate da un ruolo meramente critico, negativo, a uno costruttivo, propositivo e decisionalmente determinante, era perciò, come si è già accennato, quello della legislazione. Qui la costituzione prussiana, nel porre sullo stesso piano il monarca e le Camere (art. 62), aveva addirittura sopravanzato perlomeno in tre punti fondamentali la maggior parte delle costituzioni tedesche precedentemente emanate.

In primo luogo essa aveva attribuito paritariamente alle Camere e al monarca il potere/diritto di iniziativa legislativa (art. 64), potere che invece in altre costituzioni, e specificamente in quelle degli stati medi tedeschi, era stato riservato in via esclusiva al monarca, mentre le Camere, o nel loro insieme o per iniziativa di singoli deputati, avevano solo il potere di stimolare o sollecitare l'intervento propositivo in questo senso del monarca o del governo[108].

[108] Basti ricordare a mò d'esempio a questo proposito il § 172 della costituzione del Württemberg del 25 settembre 1819 e l'art. 76 della costituzione dell'Assia-Darmstadt del 17 dicembre 1820. Come stabilito poi in modo caratteristico dalla costituzione bavarese del 26 maggio 1818 (Tit. VI, § 19), le Camere avevano solo il potere di inoltrare al re una 'supplica' affinché presentasse alle Camere un progetto di legge in una determinata materia; il re aveva però naturalmente anche il diritto di ignorare la loro richiesta. Le Camere del cosiddetto 'primo costituzionalismo' sarebbero state chiamate insomma a deliberare, secondo il giudizio di Ernst Rudolf Huber, solo sulle materie sottopostegli dal re (cfr. E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, I, cit., p. 347). Il modello di queste carte costituzionali fu evidentemente la carta francese del 1814, ai cui artt. 15-18 si affermava: «Il potere legislativo è esercitato collettivamente dal Re, dalla Camera dei pari, dalla Camera dei deputati inviati dai dipartimenti. Il Re propone la legge. La proposta di legge è avanzata, secondo il volere del re, alla Camera dei pari o a quella dei deputati, fatta eccezione per la legge sulle imposte che deve essere presentata prima

In secondo luogo essa non aveva limitato l'oggetto della legislazione, come avevano fatto invece ad esempio la costituzione della Baviera e del Baden, ma anche del granducato di Nassau, con la *Freiheits- und Eigentumsklausel*[109], così che tale oggetto si doveva ritenere illimitato. Il fatto che, come si è già accennato, la costituzione prussiana non avesse indicato in un'unica formula quali materie dovessero/potessero essere regolate solo per via legislativa, non contenesse cioè un esplicito *Vorbehalt des Gesetzes*, sicuramente poteva essere interpretato, e così fu interpretato dai giuristi liberali come Rönne, come un chiaro segno del fatto che in Prussia, dal 31 gennaio 1850 in poi, tutto ciò che doveva valere come diritto, doveva essere emanato o sotto forma di legge (e in tal caso doveva avere acquisito il consenso della rappresentanza popolare), o perlomeno nel rispetto di essa, se si trattava di una ordinanza attuativa.

In terzo luogo la costituzione prussiana aveva esplicitamente previsto la forma della legge, e quindi il necessario consenso delle Camere, non solo per l'imposizione di nuove imposte (art. 109, I comma, con cui era stato riconosciuto alle Camere lo *Steuerbewilligungsrecht*, già diritto tradizionale delle rappresentanze del paese in epoca precostituzionale), ma anche per l'approvazione del preventivo e del consuntivo finanziario dello Stato, insomma della legge di bilancio (art. 99), come anche per la contrazione di prestiti sul debito pubblico (art. 103). Sempre in materia di bilancio la costituzione prussiana aveva inoltre affermato la necessaria periodicità annuale della legge di bilancio, mentre in altri stati tedeschi le Camere erano spesso chiamate ad autorizzazioni pluriennali della spesa pubblica[110].

alla Camera dei deputati. Ogni legge deve essere discussa e approvata liberamente dalla maggioranza di ciascuna delle due Camere» (cfr. a questo riguardo P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible*, Paris 1994, pp. 40 e 253).

109 Esemplare a questo proposito la formulazione della costituzione bavarese del 26 maggio 1818 (Tit. VII, Art. 2): «Senza il parere ed il consenso degli stati del Regno, nessuna legge generale nuova, riguardante la libertà della persona o la proprietà dei cittadini, potrà essere promulgata. Le leggi esistenti non potranno venire modificate, interpretate autenticamente o abrogate, che sotto la medesima condizione». Anche nella costituzione del Baden del 22 agosto 1818 (art. 65) era presente un concetto di legge simile, definito dalla cosiddetta clausola della proprietà e della libertà: «Del consenso delle due Camere c'è bisogno per tutte le leggi nuove e generali riguardanti la proprietà e la libertà dei cittadini dello Stato o che modifichino le leggi già esistenti» (cfr. a questo proposito H. ZÖPFL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, Zweiter Teil, cit., p. 368, n. 3).

110 Cfr. K.H. FRIAUF, *Der Staatshaushaltsplan im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung*, Bad Homburg - Berlin - Zürich 1968, pp. 45, 66, 76 ss. sul bilancio in forma di legge, 78 sulla necessaria periodicità annuale della fissazione del bilancio in Prussia, e

L'importanza di un potere così esteso e generale di legislazione per il rafforzamento dell'istituzione parlamentare nel parallelogramma di forze del sistema monarchico-costituzionale, acquista una plasticità ancora maggiore se si va a considerare la mole veramente impressionante delle materie, vedremo tra poco specificamente quali, che la costituzione prussiana aveva esplicitamente riservato alla legislazione. Si suggeriva in questo modo che le medesime materie non avrebbero potuto essere regolate autonomamente dal monarca, né in virtù di una sua autonoma potestà normativa, la cui esistenza non era evidentemente più pensabile in epoca costituzionale, né attraverso il ricorso al potere straordinario di emanare ordinanze con forza provvisoria di legge, che pure era previsto dalla costituzione (art. 63). «La concessione [di ordinanze con forza provvisoria di legge] non può mai – affermava Rönne – penetrare in un ambito che la carta costituzionale ha espressamente riservato alla legislazione ordinaria (art. 62)»[111].

Diceva infatti Rönne che la costituzione prussiana, sebbene non contenesse alcuna determinazione in merito, faceva in realtà, «come tutte le *konstitutionelle Verfassungen*», una «precisa distinzione tra legge e ordi-

42, 49, e *passim* sulle costituzioni che prevedevano diversa o addirittura nessuna periodicità.

[111] Sulle limitazioni a cui andava soggetto l'esercizio del potere straordinario di ordinanza cfr. L. von Rönne, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.1, pp. 189-192. Un'ordinanza d'emergenza, diceva qui Rönne, «può, in sé, penetrare tutto il campo della legislazione vera e propria; ... non è addirittura di per sé esclusa nemmeno dall'ambito delle cosiddette leggi organiche e delle istituzioni organiche dello Stato; solo che qui è difficile dimostrare il caso dell''urgenza' ... Essa non può mai contenere una disposizione che anche una legge ordinaria secondo il disposto della costituzione non può contenere ... Essa non può però neanche contenere niente che in qualche modo modifichi o sospenda i principi fondamentali accolti nella costituzione ..., gli articoli che definiscono i diritti fondamentali (art. 3-42) ..., le proposizioni fondamentali sulla forma di stato *konstitutionell* introdotta dalla costituzione ... e perciò è inammissibile un'ordinanza che modifichi, sospenda o sopprima i principi della responsabilità ministeriale (art. 61), del sistema bicamerale (art. 62), le norme su elezioni, diritto elettorale ed eleggibilità (artt. 65-75), e inoltre le determinazioni sulla convocazione delle Camere o sui diritti delle Camere e dei loro membri (artt. 62 e 76-85), i principi costituzionali sul potere giudiziario (artt. 86-97) e sull'esercizio del potere finanziario (artt. 99-104) ... In molti casi la carta costituzionale – proseguiva Rönne approfondendo sul rapporto tra legislazione ordinaria e straordinaria – rimanda molto genericamente alla legge o a determinazioni di legge ... In altri numerosi casi però la carta costituzionale rimanda invece a leggi speciali ancora da emanare, per lo più di natura organica, leggi che successivamente in parte sono già state emanate, ma che in gran parte devono ancora essere emanate. Queste leggi espressamente riservate nella carta costituzionale possono essere emanate solo attraverso la legislazione ordinaria e sono perciò, per quanto riguarda il modo in cui devono venire in essere, sottratte alla concessione con ordinanza unilaterale ...».

nanza»; uno dei compiti più importanti del diritto pubblico *konstitutionell* era proprio quello «di definire con precisione le sfere del diritto di consenso delle Camere nella legislazione, e quindi il limite della legge e dell'ordinanza»[112].

Dopo l'ingresso della Prussia nel novero degli stati costituzionali, per un liberale come Rönne non era infatti più pensabile alcun potere monarchico di emettere ordinanze che non fosse o esercitato in diretta attuazione della legge, secondo il disposto dell'art. 45 della costituzione[113], oppure giustificato dal sussistere di una situazione straordinaria di emergenza, secondo quanto previsto dall'art. 63. In epoca costituzionale non sarebbe cioè rimasto niente dell'autonomo potere di ordinanza monarchico *praeter legem*, che era invece riconosciuto come ancora legittimo, nonostante l'avvenuto trapasso dall'epoca assolutistica a quella costituzionale, dalla maggior parte dei pubblicisti giuspositivistici come ad esempio Stockmar, Anschütz o Zorn[114]. Si intendeva con ciò un potere che travalicava i limiti insiti nel potere dell'esecutivo di dare attuazione concreta, mediante l'emanazione di ordinanze, al dettato legislativo (art. 45), un potere in cui poteva dispiegarsi liberamente la volontà incondizionata del monarca, un potere normativo insomma in grado di dar vita a norme, o meglio a proposizioni giuridiche (*Rechtssätze*), e cioè a leggi in senso materiale, difficilmente catalogabili secondo la gerarchia delle fonti classica del diritto pubblico costituzionale liberale (costituzione, legge, ordinanza), e perciò destinato a gettare profondo scompiglio nell'ordine giuridico delle monarchie costituzionali tedesche.

In Prussia questo dibattito sull'esistenza di un autonomo potere di ordinanza del monarca, inteso come potere creativo e non solo esecutivo di norme, è avviato dalle forze politiche conservatrici e dalla giuspubblicistica politicamente omogenea immediatamente dopo l'emanazione della costituzione. Del resto, non bisogna dimenticare che in Prussia financo la composizione della Prima camera, di un organo dello Stato, divenne

[112] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.1, p. 71, nota 3.

[113] Art. 45: «Al solo monarca spetta il potere esecutivo. Egli nomina e licenzia i ministri. Egli ordina la promulgazione delle leggi ed emana le ordinanze necessarie alla loro attuazione» (cfr. *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850*, cit., p. 505).

[114] Sul cosiddetto «autonomes Verordnungsrecht des Monarchen», cfr. E.A.Chr. [ma E.A.Ch. VON STOCKMAR], *Studien zum preußischen Staatsrecht, II. Gesetz und Verordnung*, in *Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 196-219; G. ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien*, cit.; Ph. ZORN - L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie*, cit., I, in particolare p. 141.

di fatto interamente di nomina regia in seguito a una semplice ordinanza monarchica del 1854 che, anziché limitarsi a specificare ulteriormente il dettato di una precedente legge costituzionale del 1853, aveva di fatto rimescolato nuovamente le carte e stabilito nuovi criteri, restando peraltro alla base della composizione della Prima camera per tutta l'epoca costituzionale prussiana.

Nella costituzione prussiana del 1850 numerosissimi erano i punti in cui si rinviava all'emanazione di una legge attuativa (*Spezialgesetz*), in cui essa esprimeva cosiddetti *Gesetzesvorbehalte*. La presenza di questi ultimi nella costituzione prussiana, che Richard Thoma chiamerà in seguito anche «Sondervorbehalte» per distinguere ancora più chiaramente l'espressione da quella più generale di *Vorbehalt des Gesetzes*, espressione divenuta corrente a partire da Otto Mayer per indicare l'ambito normativo riservato al legislatore e delimitarlo così automaticamente da quello dell'ordinanza[115], sarebbe da ricondurre, sempre secondo Thoma, alle influenze ideali franco-belghe a cui sarebbe stato purtroppo assai sensibile il costituente prussiano[116].

Al di là tuttavia di quale sia stata la 'vera' origine nel diritto positivo di questi *Gesetzesvorbehalte*, essi costituivano senz'altro, secondo una definizione assai suggestiva anche se indubitabilmente tendenziosa datane da Gerhard Anschütz, delle «mahnende Direktiven» rivolte al legislatore e, nel loro insieme, il concreto «programma di lavoro» che il legislatore costituzionale aveva assegnato alle giovani istituzioni parlamentari appena istituite[117].

[115] Il cosiddetto «Vorbehalt des Gesetzes» è definito da Richard Thoma «l'insieme delle proposizioni giuridiche [*Rechtssätze*] che determinano che un atto dello Stato necessita della forma di legge e non può quindi essere emanato se non attraverso la via della legislazione formale» (cfr. R. THOMA, *Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmässigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung*, in G. ANSCHÜTZ - R. THOMA [edd], *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen 1932, II, pp. 221-236, qui p. 221). Per evitare possibili equivoci, è bene precisare che il presupposto teorico da cui prendeva le mosse Thoma era che nell'emanare atti dello Stato si potesse derogare alla forma della legge, rimettendo così in circolo e legittimando l'autonomo attivarsi di una potestà normativa che poteva essere acquisita per «delega legislativa» e che, in contrasto con gli imperativi della normalità di uno Stato costituzionale di diritto, poteva prescindere dallo strumento della legge (cfr. *ibidem*, p. 227).

[116] R. THOMA, *Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht*, in *Festgabe für Otto Mayer. Zum siebzigsten Geburtstag dargebracht von Freunden, Verehrern und Schülern*, Tübingen 1916, rist. Aalen 1974, pp. 165-221, *passim*.

[117] G. ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien*, cit., pp. 48-51. Per Anschütz la lunga serie degli articoli della costituzione prussiana che, come si vedrà più avanti, per questo o

Il testo della costituzione prussiana del 1850 in effetti pullulava letteralmente di proposizioni che, servendosi di espressioni come «per via legislativa», «per legge», «secondo le determinazioni di una legge particolare», «sarà emanata una legge particolare», «una legge particolare regola ...», «per disposizione di legge», «resta riservato a leggi particolari», «sono riservati a una legge particolare»[118], prospettavano riforme da attuare attraverso l'emanazione di leggi ordinarie, di leggi cioè che, evidentemente, a meno di non abbracciare la tesi che la costituzione prussiana fosse del tutto priva di una sua logica e coerenza interna e non valesse nemmeno il pezzo di carta su cui era scritta, avrebbero dovuto rendere più concreto e tangibile il carattere *rechtsstaatlich* per un verso e *konstitutionell* per l'altro dello Stato prussiano fondato sulla nuova *konstitutionelle Verfassung* del 1850. Per lo stesso Ludwig von Rönne, che pure la considerava «intoccabile nelle sue basi fondamentali»[119], la costituzione del 1850 era tutt'altro che un'opera in sé conclusa. «Non c'è alcun dubbio che essa – diceva Rönne – necessiti di un *Ausbau* [termine con cui si intendeva allora un'attuazione che includesse però allo stesso tempo uno sviluppo ulteriore] che la consolidi e la completi nelle direzioni più importanti»[120].

Alla legge era demandata (riservata) anzitutto la traduzione in pratica dei «Diritti dei prussiani» enunciati nel Titolo II della costituzione (artt. 3-42).

quell'oggetto richiedevano o promettevano una legge, aveva valore e funzione solo esemplificativi, non era cioè in alcun modo esaustiva delle materie che la costituzione prussiana voleva riservate alla legislazione ordinaria (p. 51). Ad esempio, i punti in cui la costituzione prussiana nel parlare dei diritti dei prussiani rinviava alla legge, non si dovevano intendere come una esclusione dell'ordinanza, ma 'solo' come un 'suggerimento' che su queste materie sarebbe potuto intervenire, a facilitazione del compito del legislatore, una legge ordinaria al posto di una costituzionale (p. 48). I punti in cui la costituzione rinviava a una legge non avevano, secondo Anschütz, il significato di delimitare il campo della legge da quello dell'ordinanza (per Anschütz era infatti implicito che la via dell'ordinanza fosse esclusa), ma costituivano piuttosto delle semplici «mahnende Direktiven», tutt'altro che vincolanti, che peraltro finivano per sfociare in un «monologo» e ridursi ad essere un «buon proposito del legislatore» (pp. 49-50).

[118] Le corrispondenti espressioni tedesche erano: «im Wege der Gesetzgebung», «durch das Gesetz», «nach Maßgabe eines besonderen Gesetzes», «... wird ein besonderes Gesetz ergehen», «ein besonderes Gesetz regelt ...», «durch gesetzliche Anordnung», «... bleibt besonderen Gesetzen vorbehalten», «werden einem besonderen Gesetz vorbehalten». Un elenco puntiglioso dei ben 41 articoli, sui complessivi 119 di cui si componeva la costituzione, in cui erano presenti *Gesetzesvorbehalte*, fu stilato da G. ANSCHÜTZ nel suo *Die gegenwärtigen Theorien*, cit., pp. 36-39.

[119] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.1, p. V.

[120] *Ibidem*.

Al suo interno era tutto un succedersi ininterrotto di inviti alla legislazione; solo in esso si potevano contare ben 22 punti in cui si rinviava alla legislazione ordinaria e si esortavano dunque i fattori della legislazione a intervenire allo scopo di dare attuazione concreta al dettato costituzionale[121].

Nella costituzione prussiana però erano prospettate non solo leggi di attuazione dei principi enunciati nella sezione sui diritti dei prussiani, ma più in genere numerosissime leggi organiche che avrebbero dovuto concretizzare l'introduzione di nuovi istituti giuridici o l'abolizione di vecchi, oltre che, più spesso, la riforma di istituzioni e relazioni politiche già esistenti. Particolarmente per i *Gesetzesvorbehalte* rinvianti a leggi organiche, che per definizione si caratterizzano proprio per la loro

[121] Che l'inserimento nel Titolo II della costituzione della maggior parte di questi *gesetzliche Vorbehalte*, inserimento avvenuto significativamente durante il processo di revisione della costituzione nel 1849, non abbia in realtà perseguito, e raggiunto, altro scopo se non quello di «svalutare» e depotenziare il «contenuto normativo» delle determinazioni costituzionali in questione, rendendole, da norme di legge immediatamente vincolanti, semplici «direttive per il futuro rivolte al legislatore», mere asserzioni dal carattere eminentemente «appellativo-programmatico» e prive di qualsiasi «forza di legge», è il punto di vista maturato da M. KOTULLA nel suo lavoro, *Die Tragweite der Grundrechte der revidierten preußischen Verfassung vom 31.01.1850*, cit., in particolare pp. 98-99, 132, 139, 154-155, 163, 175-176. Questo punto di vista però, come si è già avuto modo di accennare (cfr. *supra*, nota 98), risente chiaramente, a mio avviso, dell'applicazione e proiezione meccanicistica di criteri di valutazione del costituzionalista novecentesco all'analisi storico-giuridico-costituzionale dell'Ottocento. Una tale interpretazione non tiene infatti nel debito conto che il destino storico di quelle 'promesse di legge' non era segnato sin dall'inizio e che il loro significato storico si può cogliere appieno solo allorché si va a vedere se, e se sì da chi, con quali ostacoli, e in quale direzione politica esse furono disimpegnate. In realtà, uno studio di tipo storico-politico-costituzionale sulla portata dei *Gesetzesvorbehalte* ancorati ai «Diritti dei prussiani» del 1850, dovrebbe prendere le mosse proprio dal punto in cui Kotulla ritiene concluso il suo compito, dopo aver affermato: «Per i diritti fondamentali prussiani questi *Vorbehalte* avevano piuttosto il compito di vincolare l'agire statale-amministrativo al diritto e alla legge. Con ciò però il valore vero e proprio di questi diritti fondamentali si spostava all'ambito politico. Essi si indirizzavano come un monito alla legislazione a tradurre in pratica le promesse costituzionali» (cfr. *ibidem*, p. 259). Del resto, non lascia lo stesso Kotulla intendere di aver ben intuito quale debba essere la direzione interpretativa da percorrere per comprendere storicamente l'intrinseco valore politico-programmatico dei *Gesetzesvorbehalte* quando afferma (cfr. *ibidem*, pp. 181 ss. e 189-190) che i «Grundrechte» prussiani avrebbero potuto diventare concreti strumenti di tutela della libertà del singolo di fronte all'esecutivo solo se e allorquando ad essi fosse stata data attuazione attraverso la legge, dato che solo con lo scioglimento delle 'promesse di legge' in essi contenute si sarebbe stabilito un legame concreto del singolo cittadino con il diritto fondamentale posto nella costituzione?

«posizione intermedia tra la costituzione e la legge»[122], era naturale attendersi una loro emanazione nel rispetto della costituzione vigente e dello spirito che la informava, secondo il rapporto che in epoca costituzionale doveva necessariamente sussistere tra la costituzione e la legge[123], vale a dire un rapporto di subordinazione e di necessaria coerenza della seconda rispetto alla prima.

Solo da una precisa ricostruzione del lungo elenco di articoli della costituzione prussiana in cui erano 'promesse' future leggi attuative della stessa, è possibile comprendere a fondo il motivo che sta alla base di una definizione della costituzione prussiana come di una costituzione di carattere eminentemente politico-programmatico.

Leggi organiche da emanare in futuro, attuative della costituzione, erano 'promesse' nei seguenti articoli:

- art. 5, sulla libertà personale[124];
- art. 17, in cui si prometteva una futura legge di abolizione del patronato ecclesiastico, che però non fu mai emanata;
- art. 19, che prospettava una legge di introduzione del matrimonio civile (*Zivilehe*), che sarà emanata solo, insieme ad altre determinazioni sulla certificazione dello stato anagrafico, il 9 marzo 1874;
- art. 26, che prometteva una legge di riordino del settore dell'istruzione; l'articolo costituzionale sarà modificato, seppure non sostanzialmente, da una legge del 10 luglio 1906 in cui però si rinviava nuovamente a una futura legge di riforma;
- art. 27, che prometteva una legge sulla limitazione della libertà di stampa, che sarà emanata il 12 maggio 1851. Dopo l'unificazione della Germania, essendo la stampa passata tra le materie di esclusiva competenza dell'Impero, farà però testo la legge imperiale del 7 maggio 1874[125];
- art. 30, su cui fu emanato, a regolare eventuali «abusi della libertà di riunione e di associazione», il cosiddetto *Vereinsgesetz* dell'11 marzo 1850, che era però in realtà non una legge ma un'ordinanza («Verordnung über die Verhütung eines die gesetzliche Freiheit

[122] Si veda E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Organ, Organismus, Organisation, politischer Körper*, in O. BRUNNER - W. CONZE - R. KOSELLECK (edd), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, IV, cit., pp. 519-622, in particolare pp. 571 e 573.

[123] Cfr. a questo proposito quanto detto *supra*, nota 16.

[124] In attuazione di questo articolo fu emanata una legge sulle limitazioni a cui tale libertà poteva andare soggetta, in particolare in caso di arresto, già il 12 febbraio 1850; su questa legge «in difesa della libertà personale» cfr. H. SCHULZE, *Das Staatsrecht des Königreichs Preußen*, cit., pp. 37-38.

[125] *Ibidem*, p. 39.

und Ordnung gefährdenden Mißbrauchs des Vereins- und Versammlungsrechts»), e che, anziché estendere la libertà di associazione e di riunione, rappresentò a lungo un ostacolo insormontabile soprattutto per il costituirsi di associazioni aventi per scopo lo svolgimento di attività politica;

- art. 31, la cui promessa di legge per regolare la concessione o la negazione di *Korporationsrechte*, e cioè il diritto di un'associazione o di una società a costituirsi in soggetto giuridico, non sarà mai emanata;
- art. 34, la cui promessa di una legge di riorganizzazione dell'obbligo di leva, non fu mai emanata; rimase così in vigore la legge precostituzionale del 3 settembre 1814 che i deputati liberali degli anni del conflitto costituzionale cercarono invano di riformare;
- art. 40, che aveva promesso una legge secondo cui i feudi e i fedecommessi familiari esistenti avrebbero dovuto essere trasformati, tranne alcune eccezioni specificate al successivo art. 41, in libera proprietà[126], e che invece fu abolito con legge costituzionale del 5 giugno 1852;
- art. 42[127], che prospettava leggi con cui avrebbero dovuto essere aboliti di fatto tutti i diritti feudali di signoria, di polizia e di giurisdizione connessi al possesso di determinati fondi e poderi, come anche i privilegi connessi a tali proprietà;
- art. 61, che conteneva la promessa di una legge che avrebbe dovuto rendere effettiva di fronte alle Camere la responsabilità giuridica dei ministri enunciata nell'art. 44 della costituzione, specificando i casi, le modalità, e le pene da applicare nel caso di avvio di procedimenti di messa in stato di accusa di ministri; la legge non sarà mai emanata nonostante le tante proposte di legge presentate dai liberali in questo senso;
- art. 69, che prospettava una legge di ridefinizione dei collegi elettorali che fu poi effettivamente emanata durante gli anni di governo liberal-moderato della Nuova Era il 27 giugno 1860;

[126] Art. 40: «La istituzione di feudi e la fondazione di fedecommessi familiari è vietata. I feudi ed i fedecommessi esistenti devono essere trasformati per disposizione di legge in libera proprietà. Queste determinazioni non si applicano alle *Familien-Stiftungen*» (cfr. *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31.1.1850*, cit., p. 504).

[127] Art. 42: «Il diritto di disporre liberamente della proprietà terriera non sottostà ad altre limitazioni se non quelle della legislazione generale [*allgemeine Gesetzgebung*]. È garantita la divisibilità dei fondi e la solvibilità degli oneri gravanti sui fondi. Per la manomorta sono ammissibili limitazioni del diritto di acquisire *Liegenschaften* e di disporre di esse. Sono aboliti senza risarcimento: 1. la giurisdizione, la polizia signorile e la superiorità signorile come anche i diritti di superiorità e i privilegi connessi a determinati fondi; 2. gli obblighi derivanti da questi diritti di signoria, dalla protezione signorile, dalla precedente servitù ereditaria, e dalla precedente normativa fiscale e sulle attività imprenditoriali. Con i diritti sono aboliti anche le controprestazioni e gli oneri finora ricadenti su coloro che godevano di quei diritti. Con la cessione ereditaria di un fondo è ammessa solo la trasmissione del pieno possesso; tuttavia anche qui può essere riservato un interesse solvibile fisso. L'attuazione di queste determinazioni è riservata a leggi particolari» (cfr. *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31.1.1850*, cit., p. 505).

- art. 72, che conteneva la promessa di una nuova legge elettorale per la Seconda camera in sostituzione dell'ordinanza del 1849 con cui era stato introdotto il diritto elettorale a tre classi. Questa nuova legge elettorale non fu mai emanata, lasciando che il diritto elettorale prussiano fosse regolato per tutta l'epoca costituzionale da un'ordinanza e non da una legge, come certo avrebbe richiesto la rilevanza costituzionale della materia;
- art. 89, in cui si affermava che l'organizzazione dei tribunali «è definita per legge», con l'effetto di mettere in mora le ordinanze con forza di legge che avevano regolato nel 1849 quest'altra importantissima materia;
- art. 94, dove si parlava di una legge che avrebbe introdotto le giurie popolari per i delitti di particolare gravità, per i reati politici e per quelli di stampa;
- art. 98, dove si prometteva una legge sullo stato giuridico dei funzionari, compresi i pubblici ministeri, che però non fu mai emanata in Prussia[128];
- art. 101, che prometteva l'abolizione per legge di tutti i privilegi e le esenzioni fiscali esistenti; sulla materia verrà effettivamente emanata una legge nel 1861 durante la Nuova Era;
- art. 104, dove si prometteva una legge che adattasse al nuovo sistema costituzionale l'organizzazione e le competenze della Corte dei conti;
- art. 105[129], dove si prometteva una legge di riorganizzazione della rappresentanza e del governo degli enti amministrativi inferiori (comuni) e intermedi (circoscrizioni, distretti governativi e province) della monarchia, una riorganizzazione secondo i principi

[128] Saranno invece emanate nel 1851 e 1852 due leggi sul diritto disciplinare dei funzionari giudiziari e non giudiziari e nel 1872 una legge sulle pensioni. Nell'Impero una tale legge fu emanata solo nel XX secolo; la legge del 1873 infatti si limitò sostanzialmente a recepire con qualche modifica le leggi prussiane appena menzionate (cfr. B. WUNDER, *Geschichte der Bürokratie in Deutschland*, Frankfurt a.M. 1986, p. 717).

[129] Art. 105: «La rappresentanza e l'amministrazione dei comuni, delle circoscrizioni, dei distretti, e delle province dello Stato prussiano saranno definite nei particolari da leggi specifiche nel rispetto dei seguenti principi fondamentali: 1. Sugli affari interni e particolari delle province, dei distretti, delle circoscrizioni, e dei comuni deliberano assemblee rappresentative elettive, le cui decisioni sono poste in atto da coloro che presiedono le province, i distretti, le circoscrizioni, i comuni. La legge definirà i casi in cui le decisioni di queste rappresentanze elettive sono sottoposte all'approvazione di una rappresentanza di livello superiore o del governo. 2. Coloro che presiedono le province, i distretti governativi e le circoscrizioni sono nominati dal monarca. Sulla partecipazione dello Stato all'insediamento della massima autorità dei comuni e sull'esercizio del diritto elettorale spettante ai comuni legifererà nello specifico la *Gemeindeordnung*. 3. I comuni, in particolare, hanno il diritto di amministrarsi autonomamente sotto la sovrintendenza, definita per legge, dello Stato. Sulla partecipazione dei comuni all'amministrazione della polizia locale determina la legge. Per il mantenimento dell'ordine può essere istituita, secondo più precisa definizione legislativa, con risoluzione del comune, una guardia civica comunale. 4. I dibattiti delle rappresentanze provinciali, delle circoscrizioni e dei comuni sono pubblici. Le eccezioni sono definite dalla legge. Sulle entrate e le uscite deve essere pubblicato, perlomeno annualmente, un resoconto» (si veda *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31.1.1850*, cit., p. 513).

dell'autogoverno, della rappresentanza elettiva e della divisione dei poteri tra legislativo ed esecutivo, laddove sin qui la rappresentanza delle diete delle circoscrizioni e delle province era stata di tipo cetuale (i tre ceti della nobiltà fondiaria, delle città e dei contadini).

Promesse di leggi future erano disseminate in molte delle costituzioni europee ottocentesche. Ben nove promesse di legge attuativa erano concentrate ad esempio nell'art. 69 della costituzione francese del 1830, che, com'è noto, fu il modello forse più seguito nell'epoca costituzionale in Europa[130]. Sul valore 'costituzionale' delle leggi attraverso cui furono sciolte queste promesse legislative, pressoché immediatamente dopo l'entrata in vigore della costituzione negli anni dal 1830 al 1834, e che rinnovarono in modo decisivo ampi e fondamentali settori della vita pubblica della monarchia francese[131], è stato autorevolmente detto, che proprio attraverso l'espediente di rinviare alla legislazione futura l'attuazione di tutte le riforme fondamentali, si sarebbe riusciti a «decostituzionalizzare» le relative materie[132]. In questo modo si sarebbe riusciti anche a spostare il conflitto tra le parti politiche da un conflitto sulla carta costituzionale e sul suo senso (cosa che invece nonostante tutto si verificò nella Prussia costituzionale), a un conflitto sull'attuazione delle leggi *annexes* da essa previste[133], confondendo però, in tal modo, il potere costituente con il potere legislativo ordinario[134].

Molte promesse di leggi attuative erano contenute però anche nella costituzione imperiale tedesca del 1871. Tra queste la più importante fu

[130] Cfr. *Charte constitutionnelle de 1830 (officiellement promulguée le 14 août)*, in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible*, cit., pp. 350-355, qui p. 355.

[131] Le leggi andarono infatti a regolare materie fondamentali come l'eleggibilità dei funzionari pubblici (legge del 12 settembre 1830), l'introduzione della giuria per i reati di stampa e i reati politici (legge dell'8 ottobre 1830), la riforma dell'organizzazione municipale (legge del 21 marzo 1831), la riforma della guardia nazionale (legge del 22 marzo 1830), la soppressione del doppio voto per le elezioni legislative (legge del 19 aprile 1831), la riforma del reclutamento dell'esercito (legge del 21 marzo 1832), l'organizzazione della libertà dell'insegnamento, imponendo tra l'altro ai comuni di farsi carico dell'istruzione pubblica primaria (legge del 28 giugno 1833), la definizione dello stato giuridico degli impiegati militari (legge del 19 maggio 1834) e, infine, l'abolizione, in attuazione però stavolta dell'art. 68 della costituzione, dell'ereditarietà dei Pari (legge del 29 dicembre 1831); cfr. P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible*, cit., pp. 119-121.

[132] *Ibidem*, p. 131.

[133] *Ibidem*, p. 121.

[134] *Ibidem*, p. 131. Per un esame critico più approfondito e circostanziato del carattere politico-programmatico della carta francese del 1830 si rinvia ad ogni modo al saggio di Luigi Lacché in questo stesso volume.

certamente quella espressa dall'art. 17, che, parallelamente alla determinazione dell'art. 61 della costituzione prussiana, prospettava l'emanazione di una legge sulla responsabilità del cancelliere federale. La legge, che avrebbe certo rappresentato un eccellente strumento di tutela giuridica di fronte a eventuali leggi incostituzionali o anche a leggi e disposizioni federali violanti le costituzioni dei singoli stati, non fu, come è noto, mai emanata[135]. Ancora nel 1909 il grande giuspubblicista Georg Jellinek presentò, senza successo, un progetto di legge in materia[136].

Assai rilevanti erano anche le promesse di legge attuativa sparse nella costituzione austriaca del 1867, risultante dall'insieme di cinque leggi fondamentali dello Stato (*Staatsgrundgesetze*) e non da un'unica carta costituzionale. Se ne occuperà con molto zelo, peraltro con lo stesso intento con cui Adolf Arndt si era occupato di quelle prussiane, e cioè per sostenere la tesi secondo la quale l'autonomo potere di ordinanza del monarca poteva riguardare ed estendersi a tutte le materie non espressamente riservate dalla costituzione alla legislazione ordinaria, il giuspubblicista Zolger in un lavoro del 1898 sul diritto di ordinanza austriaco[137]. Basti a questo proposito citare l'istituzione nel 1875-1876 del Tribunale amministrativo in attuazione dell'art. 15 dello «Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt», un'istituzione che esiste ancora oggi e con cui fu concretamente e materialmente assicurato lo Stato di diritto in Austria[138], o ricordare il caso paradigmatico di un'altra promessa di legge contenuta nella cosiddetta «costituzione del dicembre 1867», quella di attuazione del fondamentale diritto di associazione contenuta nell'art. 12 dello «Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger» del 1867, promessa che invece non fu mai sciolta. Il governo austriaco dei primi del secolo scorso giunse a proporre l'attuazione dell'art. 12 per via di ordinanza anziché adoperarsi per l'emanazione della legge promessa[139].

135 Cfr. a questo proposito L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Leipzig 1877², II.1, p. 63.

136 Cfr. G. JELLINEK, *Ein Gesetzentwurf betreffend die Verantwortlichkeit des Reichskanzlers und seiner Stellvertreter nebst Begründung*, Heidelberg 1909, ora ripubblicato in G. JELLINEK, *Das Recht der Minoritäten*, a cura di W. PAULY, Goldbach 1996, pp. 1-15.

137 Il riferimento a Zolger è tratto da G. ANSCHÜTZ, *Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt*, cit., p. 53, n. 73.

138 Cfr. G. STOURZH, *Die österreichische Dezemberverfassung von 1867*, in G. STOURZH, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, cit., pp. 239-258, in particolare p. 255.

139 Questa problematica affronta peraltro il saggio contenuto in questo stesso volume di P. URBANITSCH, *Das Vereinsgesetz: Ein Ausführungsgesetz zur cisleithanischen Verfassungsordnung von 1867?*.

Sul carattere politico-programmatico delle moderne costituzioni ottocentesche non si è tuttavia ancora riflettuto a sufficienza, o perlomeno non quanto si è indotti a farlo per la Prussia dalla prepotente centralità che il tema – correntemente riassunto dai contemporanei nell'espressione di *Ausbau der Verfassung* – occupava nelle fonti politico-pubblicistiche, giuspubblicistiche e parlamentari di tutta l'epoca costituzionale[140], e in termini positivi particolarmente nella pubblicistica liberal-democratica[141] oltre che, come si è visto, materialmente nello stesso testo costituzionale.

Sul rapporto tra costituzione e legislazione esistevano in campo liberale idee tanto precise quanto generalmente condivise. In merito, come si è visto, aveva affermato qualcosa di molto circostanziato già Welcker nel 1847 alla voce *Gesetz* dello *Staatslexikon*, nel momento in cui aveva asserito che doveva sempre instaurarsi un rapporto di necessaria subordinazione e coerenza della legge rispetto alla costituzione.

Sostanzialmente nel medesimo senso si era però espresso anche il prussiano Rönne nella trattazione del «rapporto delle fonti tra di loro»[142], nell'affrontare esplicitamente la questione della preminenza, del *Vorrang* spettante alla carta costituzionale rispetto alle leggi ordinarie e ancor più rispetto alle ordinanze: «Non è possibile – aveva spiegato Rönne già nella Premessa del 1856 alla prima edizione del suo *Staatsrecht* – considerare le determinazioni della carta costituzionale come a sé stanti, scisse dalla loro connessione con la legislazione particolare, né si può dimenticare che questa costituzione ha un passato ma anche un futuro. Come la legislazione spiega la costituzione, così questa le traccia la via riconoscendo le sue stesse lacune e chiedendo il loro necessario riempimento»[143].

[140] Il dato non è tuttavia sfuggito a H. GANGL, *Der deutsche Weg zum Verfassungsstaat im 19. Jahrhundert*, in E.-W. BÖCKENFÖRDE (ed), *Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert*, Berlin 1975, pp. 23-58, come nemmeno a R. WAHL, *Der Vorrang der Verfassung*, cit., in particolare pp. 495 ss. Sull'importanza che queste promesse costituzionali rivestivano nel programma politico dei liberali, mi sia consentito di rinviare ad A.G. MANCA, *La sfida delle riforme*, cit., *passim*.

[141] Cfr. G. GRÜNTHAL, *Parlamentarismus in Preußen 1848/49 - 1857/58*, Düsseldorf 1982, in particolare pp. 180-181 (il riferimento è in particolare alla «Kölnische Zeitung» e a Franz Benedikt Leo Waldeck).

[142] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.1, pp. 84-89, in particolare p. 86: «La legislazione speciale si deve tenere entro i limiti della legge fondamentale dello Stato; ogni oltrepassamento di questo limite costituisce una aperta violazione della costituzione ed un'illegale distruzione della medesima».

[143] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, Leipzig 1856[1], I, p. IX.

Troppo avanzata rispetto alla tendenza prevalente nella scienza giuridica anche liberale era invece all'epoca la posizione di Robert von Mohl[144]. A Mohl, che come ogni buon giurista liberale prendeva le mosse da una tanto stringata quanto esaustiva formulazione della gerarchia delle norme in epoca costituzionale («la carta costituzionale è ... contenutisticamente libera nelle sue prescrizioni, la legge deve essere costituzionale, l'ordinanza legale»[145]), per arrivare però a sostenere la teoria, per quel tempo veramente fuori dai canoni, del «blos verfassungsmäßiger Gehorsam» (il 'diritto di resistenza' del giudice all'applicazione di norme, sia ordinanze che leggi, palesemente incostituzionali anche da un punto di vista materiale), non era sfuggito il rapporto molto concreto di interdipendenza dialettica, e non solo di unidirezionale dipendenza della legge dalla costituzione, che sempre si instaura nella prassi tra determinazione costituzionale e legge attuativa: «Di per sé una determinazione costituzionale non abbisogna di una introduzione particolare alla sua validità immediata; ma laddove questa determinazione consiste in un principio del tutto generale, che per la sua applicazione alle parti relative della vita statale ed ai singoli casi necessita di un ulteriore sviluppo e di un'indicazione del modo di procedere, allora deve essere la legge a prescriverli, prima che il governo o il singolo cittadino ci si possano richiamare nel singolo caso»[146].

Tra quello che avrebbe dovuto essere in teoria e quello che era concretamente il rapporto tra legislazione e costituzione nella Prussia formalmente costituzionale, correva però effettivamente una notevole distanza, una distanza che col tempo si mostrò sempre più incolmabile e che rimase tale per tutta l'epoca costituzionale.

4. *Revisione anziché attuazione della costituzione*

Particolarmente negli anni Cinquanta più che all'attuazione della costituzione si pose mano e si lavorò alacremente alla sua revisione, una

[144] La dottrina di Robert von Mohl, che si pronunciò, nel XIX secolo continentale assolutamente controcorrente, a favore del controllo diffuso di costituzionalità e cioè esercitabile da ogni singolo giudice, è ancora oggi molto apprezzata dai più eminenti giuscostituzionalisti tedeschi contemporanei (cfr. ad esempio U. BATTIS, *Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen*, in J. ISENSEE - P. KIRCHHOF [edd], *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, VII, cit., pp. 231-270, in particolare p. 241).

[145] Cfr. R. VON MOHL, *Gesetz, Gesetzgebende Gewalt, Gesetzgebung*, in J.C. BLUNTSCHLI (ed), *Deutsches Staatswörterbuch*, IV, Stuttgart - Leipzig 1857, pp. 267-288, qui p. 273.

[146] *Ibidem*.

revisione che andò palesemente contro il suo spirito. Ancora più degno di nota è però che quest'opera di cosiddetta «revisione all'indietro» della costituzione vide addirittura come coprotagonista proprio quell'istituzione parlamentare sulla cui istituzione e sul cui potenziamento aveva scommesso il suo destino la stessa costituzione prussiana.

Per comprendere come mai e in che senso la inizialmente promettente e vantaggiosa simbiosi tra la rappresentanza popolare e la costituzione si fosse rotta in Prussia già immediatamente dopo l'entrata in vigore di quest'ultima, si deve però interrogare la storia politico-costituzionale e non, a differenza di quanto fecero nell'Ottocento e fanno ancora oggi i giuristi di fede positivistica, la presunta lacunosità, l'imperfezione giuridica, la non giustiziabilità, l'assenza di sanzione giuridica della lettera della costituzione, insomma il suo essere tutto una 'promessa ineludibile', come dissero all'epoca giuristi come Stockmar[147], Held[148], il conservatore Ernst Ludwig von Gerlach[149] e come dirà più tardi anche Herrmann Schulze[150].

Certo è, ad ogni modo, che i *Reformversprechen* della costituzione prussiana attirarono particolarmente gli strali invettivi dei detrattori della nuova *konstitutionelle Verfassung* e particolarmente dei paladini del *Gewohnheitsrecht* e dei diritti precostituzionali del monarca, in sostanza di coloro che più o meno esplicitamente auspicavano, se non il ritorno alla precedente costituzione assolutistica, certo una maggiore considera-

[147] E.A.Chr. [E.A.Ch. von Stockmar], *Studien über das preußische Staatsrecht, I. Der allgemeine juristische Charakter*, cit., e, dello stesso autore, *Studien über das preußische Staatsrecht, IV: Von einem gewöhnlichen Mangel der staatsrechtlichen Gesetzgebung und Lehre in besonderer Anwendung auf die preußische Verfassung*, in *Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., rispettivamente pp. 179-195 e 477-484.

[148] F.W.A. Held, *Wort und Sinn der Preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850*, Berlin 1866, definì la costituzione prussiana come «uno dei documenti più incorretti [«incorrectesten»], lacunosi, e passibili delle interpretazioni più svariate, che mai siano stati determinanti per i diritti e le situazioni giuridiche» (p. I).

[149] In merito mi sia consentito il rinvio ad A.G. Manca, *La sfida delle riforme*, cit., pp. 428-432 e 450-452.

[150] H. Schulze, *Das Staatsrecht des Königreichs Preußen*, cit., in particolare pp. 28 (dove in riferimento alla costituzione prussiana si parla ad esempio di «assoluta assenza di tutela di tutti i diritti popolari rispetto all'onnipotente burocrazia», di una «costituzione non terminata», di una «*lex imperfecta* nel senso di uno stato di diritto») e 32 («manca in Prussia, come certo in molte costituzioni continentali, un sufficiente *Rechtsschutz* nel campo del diritto pubblico, dal momento che alla rappresentanza popolare come ai singoli cittadini non sono dati mezzi giuridici formali per difendere i poteri loro materialmente assegnati»).

zione dei tradizionali poteri monarchici. Le prese di posizione di Bornhak a questo riguardo ancora all'inizio del XX secolo, secondo il quale le promesse di leggi attuative («Verheißungen küntiger Gesetze») erano da equiparare a comuni lacune costituzionali («Lücken»), lacune per le quali non si riusciva a intravvedere una soluzione in un futuro relativamente vicino tanto erano numerose e plurivalenti[151], altro non erano che l'eco di un coro di voci del passato che risuonarono incessantemente in campo conservatore a partire dall'indomani stesso dell'emanazione della costituzione[152].

Ma che ruolo ebbero le Camere nella revisione della costituzione a cui con più intensità, o forse sarebbe meglio dire con più accanimento, si lavorò negli anni Cinquanta? Si era effettivamente sciolto nella quotidiana vita parlamentare, in cui avrebbe dovuto essere data attuazione alla costituzione, il legame inscindibile che originariamente legava il suo destino storico a quello del parlamento? Com'era potuto avvenire che in quegli anni il parlamento prussiano avesse di fatto 'tradito' la medesima costituzione che l'aveva istituito e che, perlomeno in linea teorica, era chiamato e/o interessato a difendere?

L'attuazione della costituzione cadde nei suoi primi tempi di vita in mani ancor peggiori di quelle che, affermò il giudice liberale Eduard Lasker alla fine del periodo più buio della vita politico-costituzionale prussiana, l'avevano formalmente varata[153].

[151] Cfr. C. BORNHAK, *Preußen (A. Verfassungsgeschichte)*, in M. FLEISCHMANN (ed), *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, begründet von Karl Freiherrn von Stengel, 2a ed., III, Tübingen 1914, pp. 172-176, in particolare p. 175 («Il re prussiano governava dunque non in forza della costituzione, ma del suo proprio diritto precostituzionale ... Essa [la costituzione] dice chi esercita il potere legislativo, ma non dice cosa sia oggetto della legislazione. Naturalmente tutte queste lacune dovrebbero essere interpretate facendo ricorso al diritto precostituzionale ...»). Sulla cosiddetta «Fortbildung der Verfassung» Bornhak diceva poi: «La stessa carta costituzionale è infine straordinariamente ricca di promesse di leggi future che devono regolare questo o quell'oggetto. Le stesse promesse hanno un significato differente. Spesso esse vogliono solo delimitare il campo della legislazione da quello del libero governo e dell'amministrazione. D'altra parte, ciò che è solo accennato dalla carta costituzionale, deve essere sviluppato dalla futura legislazione organica. Una parte delle promesse è stata svuotata di contenuto dallo sviluppo del diritto imperiale che ha regolato le relative materie. Su altre materie, come la scuola ed il patronato ecclesiastico, è stata la difficoltà intrinseca dell'oggetto ad impedire sinora la regolazione legislativa promessa. Non c'è certo da attendersi che le lacune saranno colmate in un tempo ragionevolmente prossimo» (p. 176).

[152] Cfr. F. WALTER, *Über die Revision unserer Verfassungsurkunde*, Bonn 1852.

[153] E. LASKER, *Wie ist die Verfassung in Preußen gehandhabt worden?*, cit., p. 7.

Quale fosse il carattere originario della costituzione prussiana, a dispetto dei giuristi che hanno incessantemente teso a rimarcare come «il passaggio all'ordinamento dello Stato costituzionale non [abbia] mai significato in Germania la costituzione di un nuovo potere statale ma invece solo una autoriorganizzazione del potere statale esistente», e come in questo passaggio non solo si sarebbe «preservata la continuità giuridica tra il vecchio ed il nuovo ordine» ma anche non si sarebbero «rotti i fili della evoluzione storica, al punto da non potersi considerare vietato il ricorso ai poteri precostituzionali del monarca»[154], si può forse ricostruire al meglio ripercorrendo *a contrario* il processo di revisione a cui essa fu sottoposta nel corso del cosiddetto decennio della reazione (1848/49 - 1857/58).

Alla fine di questo periodo la costituzione prussiana era tanto cambiata da apparire agli occhi dei più, come si poteva leggere sulla rivista liberal-democratica «Volkszeitung»[155], quasi irriconoscibile. Il 26 ottobre 1858, il giorno cioè in cui il reggente di Prussia e futuro Imperatore dei tedeschi, Guglielmo I, si apprestava a giurare fedeltà alla costituzione, il quotidiano liberale sentì la necessità di ripubblicare l'intero testo della costituzione. «Dopo le modifiche e le revisioni cui la costituzione è stata sottoposta dal tempo della sua emanazione – si diceva nel citato articolo di fondo – essa è ormai quasi sconosciuta al popolo nella sua vera versione».

In riferimento alla revisione della costituzione prussiana portata avanti in questo periodo dal monarca con il determinante ausilio del suo mini-

[154] Cfr. G. ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien*, cit., qui p. 4, ma si veda anche p. 9: «Anche qui [nella costituzione prussiana] la sopra accennata presunzione fa pendere la bilancia con tutto il suo peso teorico-giuridico a favore della Corona. Anche secondo il diritto pubblico prussiano il Re ha tutti i diritti sovrani che e nella misura in cui non gli sono stati sottratti dalla costituzione». Anschütz diceva inoltre in nota: «in tutte le questioni relative alle competenze nel diritto pubblico la presunzione è per la sola ed illimitata competenza della Corona». Sulla sempre rinnovata riproposizione da parte della dottrina storico- e giuridico-costituzionale della teoria della 'continuità' dello sviluppo storico-costituzionale tedesco, continuità fondata sulla predominanza del cosiddetto 'principio monarchico' e che sarebbe alla base anche della specificità storica della via tedesca al costituzionalismo, mi sono soffermata in un recente intervento dal titolo *Riflessioni preliminari per uno studio su politica-costituzione-scienza: alcuni nodi interpretativi della storia e della storiografia costituzionale tedesca*, intervento presentato al «Seminario Internacional de Historia del Constitucionalismo. Entre ius commune, derechos particulares y constitucionalismo: problemática comparada de unos arranques constitucionales», organizzato da Carlos Garriga, Marta Lorente, Fernando Martinez presso la Facoltà di diritto della Università Autónoma di Madrid dall'11 al 15 settembre 2002.

[155] Cfr. *Zum sechsundzwanzigsten Oktober 1858*, in «Volkszeitung» del 26 ottobre 1858. Sulla «Volkszeitung» cfr. J. FRÖLICH, *Die Berliner «Volks-Zeitung» 1853 bis 1867. Preußischer Linksliberalismus zwischen «Reaktion» und «Revolution von oben»*, Frankfurt a.M. 1990.

stro dell'Interno, Ferdinand von Westphalen, si è spesso parlato, come si è già detto, di una «revisione all'indietro». Sul suo testo si intervenne consapevolmente per reciderne o neutralizzarne quanto più possibile le linee di fuga verso il futuro, e non certo per dare completa e moderna attuazione al moderno principio costituzionale-rappresentativo e dello Stato di diritto.

Influsso determinante sul monarca pare esercitò il già citato scritto del 1852 di Ferdinand Walter, professore di teologia cattolica a Bonn, dal titolo inequivocabile *Über die Revision unserer Verfassungsurkunde*. Qui si proponeva di accantonare la costituzione, ritenuta colpevole di aver insinuato il conflitto e la discordia nei rapporti tra il principe e il popolo[156], per sostituirla, a partire dal «programma» che essa rappresentava, con delle leggi particolari («Spezialgesetze»), per la precisione otto, manco a dirlo quasi tutte relative a materie su cui la costituzione aveva promesso successive leggi attuative[157]. «Sciogliere la costituzione in statuti»: questo era secondo G. Grünthal il progetto di Walter[158], progetto che, più che suscitato, deve avere incontrato le già mature fantasie del monarca, Federico Guglielmo IV, di revisione costituzionale.

La costituzione prussiana, si è visto, non aveva taciuto sul modo in cui avrebbe dovuto eventualmente essere modificata[159]. Di essa non si può così dire, almeno formalmente, che avesse «rifiutato di pensare le forme del potere costituente, o perlomeno della sua resurrezione periodica nelle procedure di revisione», evitando di cadere nell'«errore» in cui sarebbero invece cadute, secondo Borgeaud, ma in fin dei conti anche secondo Rosanvallon, le costituzioni francesi del 1814 e del 1830[160]. In questo

[156] F. WALTER, *Über die Revision unserer Verfassungsurkunde*, cit., p. 8.

[157] *Ibidem*, p. 10.

[158] Cfr. G. GRÜNTHAL, *Parlamentarismus in Preußen*, cit., p. 212, n. 65.

[159] Cfr. *supra*, § 2, pp. 273 ss.

[160] Sulle costituzioni francesi del 1814 e del 1830 cfr. P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible*, cit., in particolare pp. 129-135. Rosanvallon, alla luce delle modifiche che furono apportate 'materialmente', anche se non formalmente, ai testi costituzionali, ad esempio, dall'ordinanza del 13 luglio 1815, con cui era stato modificato il numero dei deputati e abbassata l'età della eleggibilità (cfr. *ibidem*, p. 129), o anche dalle leggi attuative delle promesse di legge contenute nell'art. 69 (cfr. *ibidem*, p. 131, ma si veda anche *supra*, § 3, p. 302), sostiene che «il tallone d'Achille delle carte costituzionali» risiedeva proprio in quel loro «rifiuto» (p. 135). Dell'impatto avuto sulla costituzione del 1814 dalla suddetta ordinanza del 13 luglio 1815 ma anche dalla legge dell'8 giugno 1824 (quest'ultima modificò di fatto l'art. 37 della carta, nel senso che a un rinnovo annuale

cosiddetto errore la Francia non cadde invece con le leggi costituzionali del 1875; anche se da questa circostanza non si può certo precipitosamente e meccanicamente dedurre, come fece invece Attilio Brunialti, che da quel momento in poi «è certo che in Francia la legge costituzionale [rimase] distinta dalla legge ordinaria»[161], come se la previsione formale di un procedimento speciale di revisione costituzionale sia indubitabilmente indice di una costituzione rigida e garanzia certa della superiorità della costituzione rispetto alla legge ordinaria[162].

Come le due costituzioni francesi della prima metà dell'Ottocento, ma come anche le costituzioni spagnole del 1834, del 1837, del 1845 e del 1876[163], sulla previsione di un procedimento speciale per la sua revisione aveva taciuto anche il nostro Statuto. Di esso, che com'è noto proprio per questo è stato tanto comunemente quanto affrettatamente definito una costituzione «flessibile»[164], il parlamento italiano «in cent'anni di attività ... non abrogò né modificò mai formalmente una disposizione», anche se, alle soglie dell'era fascista, vi era chi, e cioè Gaetano Arangio

delle Camere per quinti si sostituì il rinnovo integrale della Camera dei deputati ogni sette anni), come anche del valore costituente di fatto assunto da una norma del 1842 sulla reggenza varata come legge organica ordinaria, trattava anche il lavoro, alquanto classico, di C. BORGEAUD, *Établissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, Paris 1893, in particolare pp. 270-271, giungendo alla conclusione, però opposta a quella di Rosanvallon, per cui ciò che si voleva affermare e in fin dei conti si affermò, con il silenzio delle due carte costituzionali sulla revisione della costituzione, fu il principio «dell'immutabilità della carta contrattata» (p. 271).

161 Cfr. A. BRUNIALTI, *Formazione e revisione delle Costituzioni moderne*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative. Scelta collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di Scienze Politiche ed Amministrative*, diretta da A. BRUNIALTI, II serie: *Opere di Diritto amministrativo e Costituzionale*, II, Torino 1894, pp. V-LXXXVII, p. LVI. Sul mutamento di sistema inaugurato con le leggi costituzionali del 1875, Brunialti disse che con esse sarebbero stati «abbandonati gli errori delle altre costituzioni». Nel 1875 si sarebbe infatti «resa assai facile la revisione, lasciandone l'iniziativa al Presidente su proposta delle Camere, e chiamando a compiere l'ufficio di assemblee costituenti le due Camere in seduta unificata, a maggioranza di voti». In questo modo, «la costituzione, che nell'idea dei suoi autori, doveva avere la vita delle rose e si voleva facilmente mutabile, durò assai più di tante altre, che s'erano dichiarate immutabili, eterne, circondate di precauzioni infinite» (*ibidem*).

162 Per un'argomentata critica della meccanicità di questo nesso soprattutto se affermato in relazione alle costituzioni ottocentesche, cfr. A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., in particolare pp. 2 ss., 20 s., 70 ss.

163 Cfr. *ibidem*, in particolare pp. 60 ss.

164 Per una critica della tesi della flessibilità dello Statuto albertino si veda sempre *ibidem*, pp. 1-27, 35 ss., 78 e *passim*.

Ruiz, quantificava in 20 le disposizioni statutarie modificate attraverso deroghe legislative[165].

Diversamente da queste costituzioni europee ottocentesche, che pure stavano alla base di sistemi politici nella sostanza non meno monarchico-costituzionali di quelli tedeschi ottocenteschi, la costituzione prussiana del 1850 aveva esplicitamente previsto per la sua revisione «la via ordinaria della legislazione» (come del resto prescriverà anche l'art. 78 della costituzione imperiale tedesca del 1871[166]), accompagnata tuttavia, come si è visto, da una clausola aggravante.

Le misure adottate dalla costituzione prussiana per garantire la sua lettera da troppo frequenti rimaneggiamenti non erano, a conti fatti, certo considerevoli, limitandosi la clausola citata a prevedere «due votazioni consecutive» a distanza di ventuno giorni l'una dall'altra nella medesima legislatura in ognuna delle due Camere, come sola disposizione che si opponeva a una equiparazione del processo (costituente) di revisione costituzionale a quello legislativo ordinario.

Non fu perciò del tutto immotivatamente se già verso la fine dell'Ottocento la determinazione dell'art. 107 diede occasione a un rinomato esperto del processo di revisione delle costituzioni quale era Borgeaud, di parlare al riguardo di un «retour en arrière du droit public prussien»[167]. La norma in questione, che aveva avuto origine «in circostanze del tutto speciali e in

[165] Cfr. M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano 1997, in particolare pp. 18-25, dove si dice che «la via della revisione implicita (*lex posterior derogat legi priori*) fu preferita all'abrogazione diretta anche con un certo grado di ipocrisia», per concludere con la valutazione soggettiva per cui «a me sembra ... che le deroghe legislative allo Statuto non siano state né poche né di scarsa importanza, il che rende più viva la problematica attinente al controllo di costituzionalità in questo periodo».

[166] L'articolo 78 della costituzione imperiale del 1871 affermava infatti: «Modifiche della costituzione hanno luogo attraverso la via della legislazione. Esse valgono come rigettate quando hanno contro di sé 14 voti nel Consiglio federale [*Bundesrat*] ...». Per un'adeguata comprensione del senso di questo articolo bisogna tenere presente che la sola Prussia disponeva all'interno del *Bundesrat* di 17 voti e che quindi non sarebbe mai potuta passare una legge di modifica della costituzione che la vedesse contraria (cfr. L. VON RÖNNE, *Verfassung des Deutschen Reichs [Gegeben Berlin, den 16. April 1871]*, Berlin - Leipzig 1882^3, p. 148, e, per un'interpretazione approfondita dell'articolo costituzionale in questione, si veda sempre L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2a ed., Leipzig 1876 e 1877, II.1, pp. 18 ss.).

[167] Cfr. C. BORGEAUD, *Etablissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, cit., pp. 73-74.

una situazione politica eccezionale» e che era stata imposta nel processo di revisione della costituzione dalla Prima camera alla Seconda con il parere favorevole del re, non solo sarebbe malauguratamente rimasta definitivamente nella costituzione prussiana, tenne a sottolineare Borgeaud, «a spese della distinzione tra legge costituzionale e legge ordinaria» e sarebbe stata sfortunatamente recepita nella sua essenza più intima dal corrispondente art. 78 della costituzione imperiale (dove per di più scomparve anche il vincolo della reiterazione della votazione), ma avrebbe esercitato in seguito un'influenza notevole sul pensiero dei giuspubblicisti tedeschi e da qui su tutta la scienza giuspubblicistica europea contemporanea[168]. Particolarmente la dottrina giuspubblicistica di Paul Laband, prendendo le mosse dal duplice presupposto per cui, a) se il rispetto dell'art. 78 della costituzione imperiale non imponeva altro che di seguire la via della legislazione e di rispettare il veto dei quattordici voti, ne conseguiva che la costituzione era implicitamente modificabile dalla promulgazione di una legge ordinaria[169], e per cui, b) la vera essenza della legge, quella in cui si esprimeva la sovranità dello Stato, stava nel comando che la rendeva esecutiva e cioè, praticamente, nella sanzione riservata al Consiglio federale (*Bundesrat*), avrebbe, secondo Borgeaud, addirittura autorizzato a concludere, contro la stessa lettera della costituzione, che «la modifica della costituzione dipende da un atto, che un partigiano della separazione dei poteri chiamerebbe, esecutivo»[170].

Con riferimento all'art. 107 della costituzione prussiana e a quelle che a suo avviso erano state le sue gravi «conseguenze»[171], Borgeaud, una volta distinti i sistemi di revisione costituzionale in due tipi generali principali, quello in cui la costituzione è modificata con la partecipazione del popolo e cioè attraverso il plebiscito costituente (sistema caratteristico dell'America e dei cantoni svizzeri), e quello in cui la revisione costituzionale è opera dei poteri costituiti (in questo tipo ci «si riallaccia ad una concezione semi-medievale dello Stato ... [e] le costituzioni assumono il carattere di patti sinallagmatici»), arriva addirittura ad affermare che «gli Stati del gruppo ... 'tedesco' [erano] rimasti per la maggior parte, sino ad [allora], sotto l'influenza delle tradizioni dell'antico regime»; in alcuni di essi addi-

[168] *Ibidem*, pp. 74-77.

[169] *Ibidem*, pp. 82-83. E infatti – diceva Borgeaud – durante l'Impero «la costituzione è stata ampiamente e a più riprese modificata senza che mai mutasse in nulla il suo testo».

[170] *Ibidem*, pp. 83-84.

[171] Cfr. il capitolo V: «Les conséquences du système prussien», *ibidem*, pp. 78-84.

rittura «l'opera costituente» sarebbe divenuta un «atto della legislazione puro e semplice»[172]. Borgeaud, che evidentemente riconosceva dignità solo a una revisione della costituzione implicante il diretto coinvolgimento del popolo e vedeva per contro nel parlamento non l'espressione della volontà della nazione, ma solo una sommatoria di deputati rappresentanti niente altro se non «la circoscrizione che li [aveva] eletti» nonché un potere costituito tendente in modo naturale, come tutti gli altri, ad abusare del potere che gli era stato delegato, partendo da queste premesse, non poteva che rigettare come antiquato il patto «sinallagmatico» che stava alla base dello Stato monarchico-costituzionale prussiano, bollando come tipiche dell'antico regime le misure di garanzia costituzionale previste dall'art. 107, dal suo punto di vista risibili.

Al di là però delle estremizzazioni definitorie di Borgeaud e avviandoci a riprendere il filo del discorso poc'anzi interrotto sulla pesante revisione a cui fu sottoposta la *konstitutionelle Verfassung* del 1850, la circostanza che essa non avesse taciuto, come invece avevano fatto altre costituzioni monarchico-costituzionali dell'epoca, sul procedimento di revisione o modifica della costituzione, e come questo necessitasse pur sempre, come si è visto, di maggioranze parlamentari non occasionali, non può certo essere sottovalutata.

In particolare, un progetto di revisione «all'indietro» della costituzione, come quello coltivato negli anni Cinquanta dal monarca Federico Guglielmo IV e dal suo governo, necessitava di Camere docili e ben disposte. E il monarca e il suo ministro Westphalen erano ben consapevoli del fatto che l'attuazione del loro progetto di revisione costituzionale dipendeva quasi

[172] *Ibidem*, p. 401. Vale forse la pena di segnalare come il giudizio negativo dato da Borgeaud sulle modalità di revisione costituzionale degli Stati tedeschi, fu ripreso pari pari da Attilio Brunialti nel saggio, uscito solo un anno dopo quello di Borgeaud, *Formazione e revisione delle Costituzioni moderne*, cit. Non parimenti adesivo fu invece il moderato Brunialti nella valutazione del ruolo del plebiscito costituente nella Svizzera democratica dell'epoca, e cioè della partecipazione diretta del popolo alla revisione costituzionale, principalmente a causa, affermava, del «troppo potere [che] hanno nelle democrazie gli agitatori delle masse» (cfr. *ibidem*, pp. XVII-L). Al contrario di Brunialti, Borgeaud, che esaltava le potenzialità di estensione degli spazi democratici dell'istituto del plebiscito costituente, si spinse addirittura sino ad auspicare che esso trovasse accoglimento anche nella Francia della Terza Repubblica nel momento in cui ci si fosse risolti a procedere alla modifica delle leggi costituzionali del 1875; secondo Borgeaud infatti «il diritto del popolo francese di essere consultato sulle leggi fondamentali dello Stato [era] scritto nella Dichiarazione del 1789» e faceva comunque «parte della costituzione non scritta della Francia» (cfr. C. BORGEAUD, *Établissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, cit., pp. 406-411, in particolare pp. 408-409).

totalmente dal successo di quella che passerà alla storia come una delle principali caratteristiche della politica interna degli anni Cinquanta, la cosiddetta «regierungsamtliche Wahlbeeinflußung»[173], un'opera sistematica di controllo e manipolazione dall'alto delle consultazioni elettorali.

Fu anzitutto questa a consentire al governo di stroncare le opposizioni liberali delle Camere che premevano perché fosse data attuazione alle promesse di legge contenute nella costituzione, e di confrontarsi invece con una assai più accondiscendente *Landratskammer*, così detta dall'alta percentuale di funzionari pubblici e in particolare di *Landräte* (emissari e rappresentanti diretti del governo al vertice delle circoscrizioni amministrative di livello intermedio dei *Kreise*) in essa presenti. Com'è intuibile, i funzionari pubblici anche troppo facilmente potevano essere intimiditi e corrotti dal governo in carica o comunque indotti a votare in senso 'ministeriale' e cioè a favore della revisione 'all'indietro' della costituzione. Tra le operazioni tentate ma non condotte a termine nel quadro del progetto complessivo di tale revisione, non mancarono addirittura gli *Anträge*, presentati alla Prima camera dal conte Saurma-Jeltsch, nel senso di por mano dapprima a una revisione totale, poi addirittura a un'abolizione (*Aufhebung*) della costituzione; essi però furono lasciati cadere, e lo stesso Friedrich Julius Stahl votò contro[174].

I punti in cui la costituzione prussiana fu modificata con legge costituzionale sino al 1869, anno in cui Rönne stese la terza edizione aggiornata dello *Staatsrecht*, erano assai numerosi[175].

1. L'art. 105, che, come si è visto, conteneva originariamente un'importantissima promessa di legge organica[176], e in attuazione del quale erano state in un primo momento emanate nel marzo 1850 tre leggi, sull'amministrazione di polizia, sulla riorganizzazione dei comuni, sul riordino degli enti amministrativi intermedi (*Kreise*, *Bezirke*, *Provinzen*), fu dapprima sospeso e poi soppresso del tutto, con legge

[173] G. GRÜNTHAL, *Parlamentarismus in Preußen*, cit., p. 214-215.

[174] Cfr. *Revision der Preußischen Verfassung. Petition des Grafen v. Saurma = Jeltsch* (Sitzung der ersten Kammer am 26. Januar 1852), e *Aufhebung der Preußischen Verfassung. Antrag des Grafen v. Saurma = Jeltsch und des Fursten Reuß* (Sitzung der ersten Kammer am 24. Februar 1853), in [F.J. STAHL], *Siebzehn parlamentarische Reden und drei Vorträge von Stahl. Nach letztwilliger Bestimmung geordnet und herausgegeben*, Berlin 1862, pp. 17-27 e 27-36, e inoltre G. GRÜNTHAL, *Parlamentarismus in Preußen*, cit., p. 314.

[175] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.1, pp. 65 s.

[176] Cfr. *supra*, § 3, p. 301.

costituzionale del 24 maggio 1853[177], insieme alle tre leggi emanate sulla sua base. Con queste leggi i possessori di feudi o dei poderi signorili detti *Rittergüter* avevano perso, dopo quello patrimoniale, il loro potere di polizia, era stato portato ad affermazione il principio della parificazione dei comuni cittadini e di quelli di campagna, e inoltre, ultimo ma non per importanza, erano stati introdotti i principi della rappresentanza elettiva negli organi rappresentativi comunali, della divisione dei poteri tra esecutivo e legislativo, nonché, dell'autogoverno[178].

Le tre leggi emanate in attuazione dell'art. 105 furono sostituite nell'arco di tempo compreso tra il 1851 e il 1855 da altri provvedimenti legislativi volti alla conservazione dell'assetto precostituzionale. Anzitutto, a un anno preciso di distanza dalla loro emanazione, fu proposta una revisione delle *Kommunalgesetze* del marzo 1850[179]. Nel maggio 1851, poi, Westphalen riattivò in via provvisoria con un semplice *Reskript* le vecchie rappresentanze cetuali dei *Kreise* e delle *Provinzen*, provocando addirittura la divisione dello stesso campo conservatore. Il gruppo dei conservatori moderati di Bethmann-Hollweg, contrario a questa riattivazione, si avvicinò in questa occasione al campo liberale[180].

Dopo la sua revisione l'art. 105, come già visto modificato con legge del 24 maggio 1853[181], si limitava ad affermare, senza più alcun riferimento ai principi dell'elettività degli organi rappresentativi, della divisione dei poteri, dell'autogoverno, che «la rappresentanza e l'amministrazione dei comuni, dei circoli e delle province [sarebbero state] definite dalla legge»[182].

[177] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.2, pp. 469 ss.

[178] *Ibidem*, pp. 325-329.

[179] G. GRÜNTHAL, *Parlamentarismus in Preußen*, cit., p. 227.

[180] *Ibidem*, p. 231. A questa riattivazione ha dedicato pagine importanti nel suo poderoso saggio I. CERVELLI, *Realismo politico e liberalismo moderato in Prussia negli anni del decollo*, in R. LILL - N. MATTEUCCI (edd), *Il liberalismo in Italia e in Germania dalla rivoluzione del '48 alla prima guerra mondiale*, Bologna 1980, pp. 77-290, in particolare pp. 214 s.

[181] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.2, pp. 469 ss.

[182] Cfr. *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31.1.1850*, cit., p. 513, n. 46. Per i *Kreise* e le province della monarchia furono dapprima elaborati dal governo negli anni Cinquanta 8 diversi progetti di legge, che però furono successivamente ritirati. Per i soli *Kreise* delle province orientali il governo presentò alle Camere un progetto di

2. Destino simile a quello dell'art. 105 toccò durante gli anni Cinquanta anche all'art. 42 della costituzione, che aveva affermato il principio della libera disposizione della proprietà terriera, della sua divisibilità, della riscattabilità (*Ablösbarkeit*) degli obblighi gravanti sui fondi, e che aveva abolito senza alcun indennizzo il potere signorile, la giurisdizione e la polizia signorile, come pure i diritti di superiorità e i privilegi connessi a determinati fondi[183]. L'art. 42 fu infatti soppresso e sostituito dall'art. 2 della legge del 14 aprile 1856[184], legge che consentì ai signori fondiari (*Rittergutsbesitzern*) di tornare a esercitare, all'interno dei comuni rurali delle province orientali, il loro potere precostituzionale di polizia, per quanto essi dicessero di esercitarlo ora su incarico del re e non più per diritto proprio[185].

3. Un altro articolo della costituzione modificato durante gli anni Cinquanta fu l'art. 76: «Le Camere sono regolarmente convocate dal Re nel mese di novembre di ogni anno e, inoltre, ogni qualvolta lo richiedano le circostanze». Esso fu modificato con legge costituzionale del 18

legge nel 1860, e un altro ancora nel 1862, che pure non diede alcun esito. Nel 1863 ne fu presentato uno stavolta per iniziativa delle Camere e di nuovo uno nel 1865 dal deputato Lette. Il governo, da parte sua, tornerà a ripresentare un progetto di legge su questa materia solo nella sessione 1869-1870 (cfr. L. von Rönne, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.2, pp. 470-472). Della *Städteordnung* del 1853, che fu sostituita dal governo ai progressisti ordinamenti comunali del 1850, e che rimase in vigore sino al termine dell'epoca costituzionale, si è occupato F. Rugge nel suo *Il governo delle città prussiane tra '800 e '900*, Milano 1989, pp. 60 ss. Il riordino dei comuni, delle circoscrizioni, dei distretti e delle province, come anche dell'amministrazione di polizia, che ebbe luogo negli anni tra il 1853 e il 1855, avvenne attraverso leggi miranti di fatto alla restaurazione di forme organizzative cetuali e precostituzionali in genere.

183 Cfr. *supra*, § 3, p. 300, e inoltre M. Kotulla, *Die Tragweite der Grundrechte der revidierten preußischen Verfassung*, cit., pp. 50-54.

184 Detto art. 2 affermava: «Senza indennizzo restano aboliti, secondo le leggi speciali emanate: 1. il diritto, connesso al possesso di determinati fondi, di esercizio o trasmissione del potere giudiziario (Titolo VI della costituzione) e le esenzioni ed i tributi derivanti da questo diritto; 2. gli obblighi derivanti dal vincolo di tutela e giudiziario nei confronti del signore, dalla precedente schiavitù ereditaria, dalla precedente costituzione fiscale e di impresa. Con l'abolizione di questi diritti decadono anche le controprestazioni ed i gravami spettanti come corrispettivo a chi godeva di questi diritti» (cfr. *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31.1.1850*, cit., p. 505 e «Volkszeitung» del 26 ottobre 1858). Sulle leggi del 1856 si veda anche H. Heffter, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, Stuttgart 1950, p. 331.

185 R. Haym, *Der preußische Landtag während der Jahre 1851 bis 1857*, in «Preußische Jahrbücher», 1858, 2, pp. 186-213, qui p. 190.

maggio 1857, con cui si diede facoltà al governo di rinviare la convocazione delle Camere fino alla metà di gennaio. È evidente che in questo modo si riduceva oltremodo la possibilità che la legge di bilancio venisse approvata prima dell'inizio dell'anno finanziario, rendendo pressoché impossibile alle Camere esercitare il loro diritto costituzionale di approvare il bilancio senza sottostare a forti pressioni temporali.

4. L'art. 40[186], con cui era stata ordinata la trasformazione dei feudi esistenti e dei fedecommessi in libera proprietà, fu abolito con legge costituzionale del 5 giugno 1852. Il nuovo art. 40 si limitò ad affermare: «Die Errichtung von Lehen ist untersagt». Restò così solo il divieto di istituire nuovi feudi, mentre caddero sia il divieto di fondare nuovi fedecommessi familiari, sia l'imperativo di sciogliere per legge quelli esistenti e di trasformarli in libera proprietà[187].

5. Altra revisione della costituzione a cui teneva soprattutto il monarca era quella degli articoli relativi alla formazione e alla composizione della Prima camera che egli, sul modello della vecchia curia dei signori, voleva rendere di sola nomina regia. Attraverso la legge del 7 maggio 1853, con cui furono aboliti gli articoli 65-68 della costituzione e si annunciò che la composizione della Prima camera sarebbe stata prossimamente regolata da un'ordinanza regia, ordinanza che fu effettivamente emanata il 12 ottobre 1854, la Prima camera perse qualsiasi residuo carattere elettivo e divenne infine, come voleva il monarca, di esclusiva nomina regia[188]. Da qui in poi solo la Camera dei deputati potrà essere detta una rappresentanza popolare nel senso proprio del termine. Nonostante l'evidente incostituzionalità dell'ordinanza del 12 ottobre 1854[189], sulla sua base fondò giuridicamente

[186] Cfr. *supra*, § 3, p. 300.

[187] Cfr. in merito M. KOTULLA, *Die Tragweite der Grundrechte der revidierten preußischen Verfassung vom 31.01.1850*, cit., pp. 54-59, e in particolare p. 170.

[188] Cfr. «Gesetz, betreffend die Bildung der ersten Kammer, vom 7. Mai 1853» e «Verordnung wegen Bildung der Ersten Kammer, vom 12. October 1854» in H.A. ZACHARIÄ (ed), *Die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart, einschließlich der Grundgesetze des deutschen Bundes und der das Verfassungsrecht der Einzelstaaten direct betreffenden Bundesbeschlüsse*, Göttingen 1855, pp. 99 e 101-103. Sulle vicende parlamentari attraverso cui passò la modifica della Prima camera dal 1852 al 1854 cfr. G. GRÜNTHAL, *Parlamentarismus in Preußen*, cit., pp. 311 ss. e ora, più recente, il lavoro di H. SPENKUCH, *Das Preußische Herrenhaus. Adel und Bürgertum in der Ersten Kammer des Landtages 1854-1918*, Düsseldorf 1918, pp. 47 ss.

[189] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.2, p. 338.

la sua esistenza la Camera dei signori prussiana per tutta l'epoca della monarchia costituzionale.

6. In conseguenza del radicale mutamento incontrato dalla composizione della Prima camera furono modificate, con legge del 30 maggio 1855, anche le denominazioni delle due Camere quali comparivano nel fondamentale art. 62 della costituzione prussiana. La Seconda camera assunse la denominazione di Camera dei deputati (*Abgeordnetenhaus*), mentre la Prima venne detta, da questo momento in poi, Camera dei signori (*Herrenhaus*). La Seconda camera si oppose invece alla sostituzione della denominazione collettiva delle due Camere proposta dal governo, il quale riteneva che quella di «Camere» echeggiasse ossessivamente il corrispondente termine francese, con quella ritenuta più schiettamente tedesca di *Allgemeiner Landtag*. Non ci si oppose però all'uso del termine *Landtag* nei materiali parlamentari[190].

7. Con legge del 21 maggio 1852 furono modificati anche gli artt. 94 e 95 della costituzione sull'introduzione della giuria per i reati più gravi, per tutti i reati politici e per quelli di stampa, e inoltre sull'istituzione di uno speciale tribunale giurato per il reato di alto tradimento e contro la sicurezza interna dello Stato[191]. Detti articoli furono aboliti e sostituiti con gli artt. 2 e 3 della legge suddetta, con cui furono esclusi dal giudizio delle corti giurate i reati politici e di stampa; analogamente per i reati di alto tradimento e contro la sicurezza interna dello Stato fu prevista l'istituzione di un tribunale speciale non giurato.

8. Con legge del 30 aprile 1856 fu soppresso anche l'articolo 88, che aveva vietato ai magistrati di assumere uffici statali remunerati, a garanzia dell'indipendenza della giustizia.

9. Dopo la riattivazione nel 1851 del *Bundestag*, che non poteva tollerare che all'interno della Confederazione vigessero delle costituzioni, come quella prussiana, che non riconoscevano i privilegi degli *Standesherren*, principi e conti ex immediati dell'Impero che prendevano parte all'attività del *Bundestag* proprio sulla base di quello che essi consideravano come la loro *Magna Charta*, e cioè l'art. XIV dei *Bundesakte*[192], il 10

[190] *Ibidem*, pp. 330 ss.

[191] Per il nuovo testo dei due articoli si veda *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31.1.1850*, cit., p. 511.

[192] Cfr. in merito H. SCHULZE, *Das Staatsrecht des Königreichs Preußen*, cit., pp. 36 s.

giugno 1854 fu emanata la *Deklaration* (interpretazione autentica)[193] dell'art. 4 della costituzione, articolo che aveva affermato che «tutti i prussiani sono uguali di fronte alla legge» e che «non esistono privilegi di ceto [*Standesvorrechte*]». A partire dalla *Deklaration* dell'art. 4 furono progressivamente restaurati, con leggi successive, molte delle quali confezionate *ad hoc* per singole famiglie di *Standesherren*, quasi tutti i diritti/privilegi di questi ultimi, svuotando completamente di contenuto l'art. 4.

Tra le modifiche subite dalla costituzione prussiana, a differenza di quelle appena elencate, dopo il decennio della reazione, non se ne possono tralasciare alcune non meno importanti.

10. Con legge del 27 maggio 1888, che modificò l'art. 73 della costituzione, la legislatura passò da tre a cinque anni, per garantire, come si disse allora, maggiore stabilità all'istituzione parlamentare. In questo modo fu però anche inevitabilmente indebolito il legame, sin qui particolarmente stretto, che legava il deputato, e particolarmente il notabile liberale, ai suoi elettori. La necessità di allungare le legislature era da tempo un obiettivo della politica dei conservatori, i quali asserivano che l'elettore, vincolando il deputato su ogni singola presa di posizione, impediva però anche a quest'ultimo di rendersi responsabile del perseguimento di un progetto politico più complessivo[194].

11. Con legge costituzionale del 5 aprile 1873 furono anche modificati gli artt. 15 e 18 della costituzione, articoli che regolavano i rapporti tra Stato e Chiesa[195]. La modifica costituzionale precedette l'emanazione delle cosiddette leggi di maggio (*Maigesetze*), leggi con cui fu dichiarata «questione di Stato» (*Staatsangelegenheit*) sia la preparazione, sia l'insediamento e la destituzione dall'ufficio dei religiosi. Successivamente, sull'onda del *Kulturkampf*, i due articoli costituzionali furono addirittura aboliti, e con essi fu soppresso anche l'art. 16 con legge, anche questa costituzionale, del 18 giugno 1875. Attraverso l'abolizione di questi articoli, sostenuta anche dai liberali

[193] Sul significato di questo termine cfr. L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3a ed., cit., I.2, p. 619.

[194] Un esempio di questa argomentazione si trova in C. RÖSSLER, *Studien zur Fortbildung der preußischen Verfassung*, 2. Abteilung, Berlin 1864, pp. 218-219 ss.

[195] Su questa legge di modifica costituzionale cfr. Ph. ZORN - L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie*, 5a ed., cit., I, pp. 151-152. In particolare sulla modifica dell'art. 15 nel 1873 cfr. anche C. BORNHAK, *Preußische Staats- und Rechtsgeschichte*, Berlin 1903, p. 478, che però tace sulla sua successiva abolizione nel 1875.

progressisti e diretta in primo luogo contro la Chiesa cattolica, che in seguito alla proclamazione del dogma dell'infallibilità del Papa aveva esteso in modo impressionante, dal punto di vista dei protestanti, il suo potere, fu ristabilito il potere di ispezione (*Aufsichtsrecht*) dello Stato non solo sulla Chiesa cattolica ma anche su quella evangelica, non da ultimo sulla base dell'argomento che anche i religiosi erano titolari di un ufficio (*Amt*)[196].

Compatti contro l'abolizione dei tre articoli costituzionali si schierarono in parlamento stavolta i cattolici, mentre i liberali, che durante gli anni Cinquanta avevano avversato in linea di principio qualsiasi revisione costituzionale, si mostrarono sino alla fine profondamente convinti della necessità del 'taglio'. Del resto si doveva anche agli articoli costituzionali in questione, argomentarono i secondi, se la Chiesa cattolica (che contava allora circa 8 milioni di fedeli) aveva potuto acquistare una grande influenza in un paese a maggioranza protestante.

Tra i cattolici che alla Camera dei deputati si levarono indignati in difesa dell'«integrità della costituzione», oltre al già più volte incontrato Peter Reichensperger[197], a farsi notare per gli argomenti portati nella stessa direzione e che ci consentono di comprendere appieno il livello di sensibilizzazione politica raggiunto in quegli anni e in quell'occasione dalla questione della modifica della costituzione, furono anche altri deputati, non tutti parimenti noti. Schorlemer-Alst denunciò come si usasse impropriamente l'art. 107 non per «modificare» ma per «sopprimere» del tutto tre articoli costituzionali, aprendo così una «voragine» nella costituzione[198]; Windthorst si trovò stavolta a doversi rallegrare del fatto che per fortuna «non tutto il diritto costituzionale di uno Stato si [esaurisse] in un unico documento»[199]; Schroeder (Lippstadt), infine, nel prendere atto di quanto poco senso avesse ormai «difendere paragrafi della costituzione», denunciò sconsolato come essi «ormai, non [fossero] più in grado di difendersi dagli attacchi della legislazione corrente»[200].

Negli interventi dei cattolici i liberali, gli stessi che sino alla chiusura del conflitto costituzionale avevano sempre difeso strenuamente in parlamento

[196] Cfr. R. HUE DE GRAIS, *Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche*, Berlin 1895, p. 357.

[197] *StenBerAH*, 16 aprile 1875, 46a seduta, pp. 1261-1267.

[198] *Ibidem*, p. 1285.

[199] *Ibidem*, 19 aprile 1875, 48a seduta, p. 1331.

[200] *Ibidem*, 11 maggio 1875, 66a seduta, p. 1869.

la lettera della costituzione, furono stavolta addirittura accusati, oltre che di «schiavitù intellettuale», di essersi schierati a sostegno di un progetto di legge governativo che avrebbe mirato anzitutto «ad avere mano libera nel cosiddetto *Kulturkampf*», accettando così di porre la costituzione al servizio di una ben determinata politica governativa, e di avere «degradato il corpo parlamentare ad una assemblea consultiva»[201], di usare insomma il parlamento contro la stessa costituzione che l'aveva istituito. A riprova di come l'originario pluralismo confessionale della costituzione prussiana risultasse troppo avanzato anche per i suoi tradizionali paladini, che ormai alla difesa della costituzione anteponevano calcoli di governabilità politica, non è a questo punto superfluo ricordare come fosse stato proprio l'ormai 'ministeriale' Rudolf Gneist il padre delle famigerate *Maigesetze*[202].

L'elenco delle profonde modifiche, come si è visto anche formali, subite dalla costituzione prussiana nel corso della sua vigenza, non si può chiudere senza menzionare, infine, quelle che, seppure non attraverso una legge di modifica costituzionale in senso proprio, furono ad essa apportate dall'entrata in vigore della costituzione della Confederazione della Germania del Nord, prima, e dall'entrata in vigore della costituzione imperiale, poi, costituzioni che costrinsero la Prussia a cedere parte della sua sovranità statale.

La costituzione della Confederazione della Germania del Nord entrò in vigore in Prussia il 1° luglio 1867 e la costituzione dell'Impero tedesco il 1° gennaio 1871, senza che nelle Camere prussiane fosse mai stata precedentemente discussa una legge di modifica costituzionale che mettesse in chiaro i punti in cui il testo della costituzione prussiana fosse da ritenersi accantonato e sostituito da quello della nuova costituzione confederale o imperiale. Solo nel varo della legge di introduzione (*Einführungsgesetz*) della costituzione confederale furono osservate dalle Camere prussiane, tra il mese di maggio e quello di giugno del 1867, le forme aggravanti del processo di legislazione ordinaria previste dall'art. 108 della costituzione (doppia votazione in ogni Camera a distanza di almeno 21 giorni l'una dall'altra). Le due costituzioni, quella confederale e quella imperiale, furono così semplicemente 'accostate' alla costituzione prussiana[203].

201 *Ibidem*, pp. 1870-1872.

202 Cfr. E.J. HAHN, *Rudolf von Gneist 1816-1895*, cit., pp. 204-216, qui p. 207.

203 Cfr. Ph. ZORN - L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie*, 5a ed., cit., I, pp. 137-138.

Entrare in questa sede nel merito specifico delle modifiche giuridicamente e materialmente apportate alla costituzione prussiana e al sistema di relazioni politico-istituzionali da essa configurato dall'entrata in vigore delle due costituzioni, condurrebbe tuttavia in un campo problematico destinato inevitabilmente a travalicare i limiti di questo saggio. Basti qui dire con Hue de Grais che «la nascita del *Reich* limitò in modo determinante l'importanza della costituzione prussiana», e che ciò si fece sentire soprattutto nella legislazione, «dato che le leggi imperiali [avevano] sempre la preminenza su quelle del *Land*», quale la Prussia divenne dopo essere stata uno *Staat*. «Quando le prime stabili[vano] qualcosa di diverso – spiegò Hue de Grais – le determinazioni della costituzione prussiana ... perd[evano] la loro validità»[204].

5. *Alcune riflessioni conclusive*

Sulle numerose leggi di modifica della costituzione prussiana emanate dal 1852 al 1857 ma, come si è visto, anche successivamente, troppo spesso la storiografia tedesca ha preferito non approfondire.

Una riflessione sul lungo elenco di leggi costituzionali che modificarono in particolare nel corso degli anni Cinquanta la costituzione prussiana, manca del tutto anche nella monumentale *Deutsche Verfassungsgeschichte* di Ernst Rudolf Huber, forse troppo impegnato a dimostrare, sulla scia degli insegnamenti di Paul Laband, come questa costituzione fosse votata 'sin dall'inizio' ad assicurare il predominio del cosiddetto principio monarchico[205].

Coerentemente con lo scarso valore da lui riconosciuto al diritto costituzionale scritto e particolarmente a quello di epoca costituzionale, Huber, nell'accingersi a rilasciare al lettore, in nota, in 8 righe, e senza un cenno di commento, l'elenco delle 9 leggi di modifica costituzionale varate dal 1852 al 1857 dal governo conservatore prussiano del barone Karl von Manteuffel, tenta addirittura, dapprima di minimizzare il significato politico della «Revision der Verfassung» concretamente condotta in porto negli anni Cinquanta, nel momento in cui si sforza di presentarla come lo strumento di una «Interpretation der Verfassung» (quasi che l'obiettivo 'vero'

[204] R. HUE DE GRAIS, *Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen*, cit., p. 35.

[205] Sull'intento giustificativo-apologetico di Laband cfr. K. CHRYSSOGONOS, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle*, Berlin 1987, p. 85.

della reazione possa essere stato 'solo' quello di affermare la sua interpretazione della costituzione e non invece quello, ben più importante, di modificare 'con' la carta costituzionale la concreta organizzazione dello Stato), e dopo di spacciare questo modo assolutamente speciale del governo prussiano di 'interpretare la costituzione' come la via scelta da Manteuffel per mettere in atto la sua «Legalitätspolitik» (*sic*!) nell'intento di «assicurare l'autorità ed il potere dello Stato» (*sic*!)[206].

La scarsa attenzione prestata alle profonde modifiche apportate nel tempo alla costituzione prussiana, non solo ha contribuito implicitamente a rafforzare il filone storiografico-interpretativo per cui essa era sostanzialmente fondata sul principio monarchico con solo qualche incerta concessione al moderno principio parlamentare-rappresentativo, ma ha anche accreditato a lungo una considerazione esclusivamente storico-giuridica delle vicende prussiane di epoca costituzionale, considerazione che, trascurando il legame storicamente fondativo che sin dall'inizio legò i destini della costituzione e della moderna rappresentanza popolare, ha tentato, senza peraltro convincere, di scrivere la storia della prima prescindendo sostanzialmente da quella della seconda.

[206] Cfr. E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, III: *Bismarck und das Reich*, rist. della 2a ed., Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1978, p. 161 e qui n. 16. L'elenco delle prime 7 leggi di modifica della costituzione degli anni Cinquanta fu approntato da Rönne già nel 1856 (cfr. L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 1a ed., cit., I, pp. 56-57), e quindi aggiornato nella terza edizione della medesima opera. Esso si trova però anche nella grande raccolta in tre volumi del giurista liberale H.A. ZACHARIÄ del 1855-1862, *Die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart*, cit., pp. 75 s. Per una considerazione da un punto di vista spiccatamente conservatore delle modifiche costituzionali degli anni Cinquanta cfr. inoltre C. BORNHAK, *Preußisches Staatsrecht*, I, Breslau 1911, pp. 92-96. Delle, come si è visto, molto concrete e tutt'altro che insignificanti revisioni in senso conservatore subite dalla costituzione prussiana durante gli anni Cinquanta non si arriva infine a parlare, nonostante ciò che il titolo promette, neanche nel lavoro di H.-Ch. KRAUS, *Konstitutionalismus wider Willen. Versuche einer Abschaffung oder Totalrevision der preußischen Verfassung während der Reaktionsära (1850-1857)*, in «Forschungen zur Brandenburgischen und Preussischen Geschichte», NS, 5, 1995, 2, pp. 157-240. Se si prescinde dalla modifica concretamente, ma non formalmente, apportata alla costituzione con la riconvocazione del Consiglio di Stato (cfr. in merito *ibidem*, p. 178, n. 86), si può dire che qui delle altre modifiche anche formalmente apportate alla costituzione non si trova traccia. Di tutte le 8 modifiche della costituzione progettate dai conservatori e al centro dell'attenzione di Kraus (modifiche elencate *ibidem*, p. 183, n. 105), non si dice poi da nessuna parte come alcune di queste effettivamente e storicamente andarono in porto, mentre altre rimasero pura fantasia. A pagina 184 del lavoro in questione ci si limita piuttosto ad osservare: «Die Verwirklichung dieser Pläne hätte in der Tat nicht nur die Beseitigung des konstitutionellen Systems bedeutet, sondern eine die Machtfülle des königlichen Regiments noch verstärkende Renaissance der vormärzlichen Rechtsgrundlagen».

Una considerazione più attenta delle leggi attraverso cui è stata, neanche tanto gradualmente, modificata nella sostanza la costituzione prussiana, impone invece quasi naturalmente di interrogarsi non solo sull'immancabile ruolo di avallo svolto dalla Prima camera (o Camera dei signori) rispetto ai progetti di *Rückwärtsrevidierung* della costituzione portati avanti dal polo monarchico-conservatore, ma anche, evidentemente, ciò che è ancor più grave, sull'arrendevolezza della Seconda camera nel suo complesso e in particolare dell'allora minoritaria opposizione liberale al suo interno.

Le modifiche costituzionali degli anni Cinquanta non furono infatti prevalentemente attuate per «via amministrativa», come gli attacchi portati alla costituzione durante il conflitto costituzionale del 1862-1866, e cioè attraverso atti unilaterali del governo (*Staatsministerialbeschlüsse*) in dispregio assoluto dei poteri della rappresentanza popolare. Solitamente esse furono piuttosto messe in atto attraverso leggi costituzionali, leggi quindi regolarmente emanate in conformità all'art. 107 della costituzione, leggi insomma che ottennero l'approvazione della rappresentanza popolare prussiana, l'istituzione che più di tutte incarnava il nuovo spirito rappresentativo della *konstitutionelle Verfassung* del 1850[207]. Il fatto che la rappresentanza popolare degli anni Cinquanta, la cosiddetta *Landratskammer*, avesse fatto «den ausgedehntesten Gebrauch» di un articolo come il 107, che pure, almeno secondo la dottrina liberale, doveva rappresentare una delle tre garanzie in senso stretto della costituzione prussiana[208], non mancò peraltro di essere debitamente sottolineata dal già incontrato giurista conservatore Held. Questi, che non era certo un estimatore del programma politico rappresentato dalla costituzione prussiana e aveva tutto l'interesse a richiamare l'attenzione sul carattere 'legale' della revisione costituzionale

[207] Da questa circostanza storica si dovrebbe trarre un'ulteriore spinta a non disgiungere mai la storia del costituzionalismo dalla storia dell'istituzione parlamentare. È infatti solo nella quotidiana e concreta vita politico-costituzionale che si manifesta il carattere politico-programmatico di una costituzione, la sua carica riformatrice. Un asfittico studio sulle origini e i presunti canoni ispiratori delle singole determinazioni costituzionali può invece facilmente indurre a deformazioni della realtà storica, come quando, ad esempio, considerando le determinazioni costituzionali isolatamente dal contesto, ci si ostina a vedere i *Gesetzesvorbehalte* di una costituzione ottocentesca non per quello che essi in molti casi realmente furono, e cioè potenti detonatori di movimenti e pratiche politiche dal segno inequivocabilmente progressista e riformatore, ma come un segnale dello stato di sospensione in cui veniva posta l'affermazione del principio, diritto o potere in essa contenuta.

[208] L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 1a ed., cit., I, pp. 631 ss.

per mostrare come la costituzione non fosse riuscita, nonostante tutto, a difendersi da sé[209], tace però, significativamente, sugli strumenti di pressione politico-amministrativi messi in campo dal governo, in particolar modo per ottenere una Seconda camera docile e ben disposta verso i suoi progetti di revisione all'indietro della costituzione.

Solitamente le modifiche costituzionali furono votate, come si è visto, nel rispetto dell'art. 107, e cioè con doppia votazione. Già le elezioni dell'autunno 1852[210] diedero una Prima ma soprattutto una Seconda camera che lasciava ben sperare per i piani di revisione della costituzione del monarca e del ministro degli interni. Ancora più benevola verso i progetti di questi fu però la Seconda camera eletta nel 1855; nel frattempo anche nella Prima camera, dopo la sua riforma in *Herrenhaus*, era sparita quasi ogni opposizione.

Non mancarono però in questo periodo nemmeno le proposte di modifica dello stesso art. 107, che, come si è già accennato[211], andarono nel senso di abbreviare il periodo di 21 giorni che doveva intercorrere tra la prima e la seconda votazione a 10 o 7 giorni, con la motivazione che, in questo modo, si intendeva venire incontro ai «bisogni della *Spezialgesetzgebung*»[212], o porre rimedio alla «impossibilità ... di deliberare in modo definitivo nel corso di una sessione una modifica della costituzione riconosciuta come necessaria»[213]. Quando il 19 gennaio 1857 la proposta di modifica dell'art. 107 sarà ripresentata dallo stesso ministro degli Interni Westphalen, tra l'altro unitamente a un progetto di legge di modifica dell'art. 76 che, si ricorderà, aveva disposto che le Camere dovessero essere convocate al più tardi nel mese di novembre[214], la proposta di modifica dell'art. 76 passò,

[209] Cfr. *Wort und Sinn der preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850*, cit., p. 150.

[210] In merito si rinvia a G. GRÜNTHAL, *Parlamentarismus in Preußen*, cit., pp. 317-344.

[211] Cfr. *supra*, § 2, pp. 275 e 276.

[212] Cfr. *Antrag wegen Abänderung des Artikels 107. der Verfassungs=Urkunde vom 31. Januar 1850*, proponenti: v. Daniels - v. Buddenbrock, del 12 gennaio 1856, p. 1, in *Sten BerHH*, Sitzungsperiode von 1855-1856, *Drucksachen*, N. 20.

[213] Cfr. *Antrag wegen Abänderung des Artikels 107. der Verfassungs=Urkunde vom 31. Januar 1850*, proponente: von Graevenitz (Hirschberg), del 15 gennaio 1856, p. 1, in *StenBerAH*, IV Legislatura, I sessione, *Drucksachen*, N. 39.

[214] Cfr. *I. Gesetz=Entwurf, betreffend die Abänderung des Artikel 76. der Verfassungs= Urkunde vom 31. Januar 1850* e *II. Gesetz=Entwurf, betreffend die Abänderung des Artikel 107. der Verfassungs=Urkunde vom 31. Januar 1850*, proponente: ministro degli Interni, Westphalen, del 19 gennaio 1857, in *StenBerAH*, IV Legislatura, II sessione, *Drucksachen*, N. 42.

alla fine, in entrambe le Camere nel maggio dello stesso anno[215], mentre la proposta di modifica dell'art. 107 fu nuovamente rigettata, prima ancora di arrivare in aula, dalla Kommission für Verfassungsangelegenheiten l'11 febbraio 1857 con 11 voti contro 6[216]. Il governo commentò l'orientamento negativo della Commissione per le questioni costituzionali, asserendo che in questo modo avrebbe nuovamente vinto quel «partito» che, «guarda[va] a ogni proposta di modifica della costituzione con contrarietà o addirittura con sfiducia», mentre il governo, con la sua proposta di modifica dell'art. 107, si sarebbe posto dalla parte di «tutti coloro che ritengono la costituzione suscettibile e [addirittura] bisognosa di sviluppo (*Fortbildung*) e correzione (*Verbesserung*)»[217], alimentando ancora una volta ad arte l'equivoco, in cui è successivamente caduta tanta storiografia giuridica di stampo positivistico, per cui lo 'sviluppo' della costituzione dipendesse dalla sua 'revisione'.

Insomma, al di là della distinzione teorico-dogmatica tra costituzioni rigide e costituzioni flessibili, distinzione che vorrebbe rigide quelle contenenti disposizioni circa le procedure aggravate per la revisione costituzionale, si può dire che la presenza di una disposizione di questo tipo (art. 107) nella costituzione prussiana, che pure indurrebbe a prima vista a catalogarla tra le costituzioni cosiddette rigide, non solo non impedì che essa fosse più e più volte modificata in un senso che andava addirittura contro lo spirito originario, ma non impedì nemmeno che si tentasse addirittura, con la suddette proposte di modifica dell'art. 107, di spogliare di fatto la costituzione dell'unica arma tecnico-procedurale prevista a garanzia positiva dell'integrità e della 'rigidità' del suo testo[218]. Proprio la storia politico-istituzionale e giuridico-positiva della costituzione prussiana, lungi dal confermare l'utilità della distinzione teorico-dogmatico suddetta, può essere presa ad esempio, insieme peraltro a quella dello Statuto italiano, seppure in un senso diverso, per mettere miseramente a nudo, al contrario,

[215] Cfr. *supra*, § 4, pp. 316 e 317.

[216] *Bericht der Kommission für Verfassungs=Angelegenheiten über die zwei Gesetz=Entwürfe, betreffend die Abänderung der Artikel 76. und 107. der Verfassungs=Urkunde vom 31. Januar 1850*, relatore: von Keller, dell'11 febbraio 1857, pp. 1-12, in *StenBerAH*, IV Legislatura, II sessione, *Drucksachen*, N. 87.

[217] *Bericht der Kommission für Verfassungs=Angelegenheiten über die zwei Gesetz=Entwürfe, betreffend die Abänderung der Artikel 76. und 107. der Verfassungs=Urkunde vom 31. Januar 1850*, relatore: von Keller, dell'11 febbraio 1857, cit., qui p. 11.

[218] Cfr. in questo senso anche A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., in particolare pp. 8 (n. 7), 59-60, 71.

la sua insufficiente fondazione storica[219]. La distinzione in questione, si dovrà convenire su questo punto con quanto ha giustamente argomentato Pace, è servita piuttosto, in genere, a legittimare a posteriori modifiche o revisioni costituzionali effettuate surrettiziamente in dispregio della «naturale rigidità delle costituzioni ottocentesche», che evidentemente non riconoscono quanti ancorano la rigidità di ogni e qualsiasi costituzione alla previsione, in Europa però eminentemente novecentesca, di un controllo giudiziario di costituzionalità delle norme[220].

Non sempre però la revisione all'indietro della costituzione prussiana fu operata attraverso *Verfassungsänderungsgesetze*. In alcuni casi si fece ricorso infatti a strumenti normativi assolutamente impropri per una formale modifica della costituzione.

Con un semplice *Reskript* furono infatti riattivate le vecchie rappresentanze cetuali dei *Kreise* e delle province[221], con una semplice *Deklaration* fu fornita un'interpretazione autentica dell'articolo 4 che di fatto svuotava totalmente quest'ultimo del suo originario significato egualitario[222], con una non meglio definita *Verordnung* il re intervenne nel 1854, come si soleva dire «motu proprio», a definire quale dovesse essere la composizione della Prima camera; un'ordinanza quest'ultima palesemente incostituzionale perché contenente norme che modificavano ulteriormente la composizione della Prima camera, anziché limitarsi a dare disposizioni attuative della legge costituzionale del 1853[223]. In tutti questi casi alla via legislativa ordinaria fu preferita quella che Lasker chiamava la «via

[219] Una prova ulteriore dell'inconsistenza di questa distinzione si trova facilmente nella concreta storia politico-costituzionale italiana. Anche lo Statuto, ha ricordato di recente Stefano Merlini (cfr. S. MERLINI, *Il governo costituzionale*, in R. ROMANELLI [ed], *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Roma 1995, pp. 3-72), «fu integrato», nonostante che formalmente non fossero possibili leggi costituzionali nel senso proprio e stretto del termine, «... da una pluralità di leggi organiche che possono essere considerate oggettivamente attinenti alla materia costituzionale (da quelle elettorali a quelle sulla libertà di riunione e di associazione; da quelle sulle amministrazioni locali a quelle sull'amministrazione centrale)» (pp. 6 e 7).

[220] Sulla naturale rigidità delle costituzioni ottocentesche cfr. A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., per tutti p. 9. In polemica con la tesi di Pace si veda invece J. VARELA SUANZES, *Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 39, 1996, 3, pp. 3313-3338.

[221] Cfr. *supra*, § 4, p. 315.

[222] Cfr. *supra*, § 4, pp. 318-319.

[223] Cfr. *supra*, § 4, pp. 317-318.

amministrativa»[224]. Il re, intervenendo in epoca costituzionale in assoluta autonomia nella creazione di diritto nuovo, e per di più su materie per cui la costituzione aveva indicato la via della legislazione e su cui il re da solo sarebbe potuto intervenire al massimo tramite ordinanze attuative secondo l'art. 45, diede un esempio estremamente pratico e concreto di come fosse effettivamente sopravvissuto in epoca costituzionale, e dovesse quindi anche trovare adeguata legittimazione dottrinaria, l'autonomo *königliches Verordnungsrecht* (potere regio di ordinanza) come residuo tutt'altro che inoffensivo del potere monarchico (assoluto) di epoca precostituzionale. Quello stesso potere monarchico precostituzionale che secondo i conservatori la costituzione prussiana non aveva potuto annullare del tutto; sia perché, non essendo stata frutto di una rivoluzione, non aveva potuto fare *tabula rasa* di tutto il diritto precedentemente vigente, sia perché aveva voluto che comunque il potere dello Stato continuasse a restare unito nelle mani del sovrano monarchico (art. 57 degli Atti finali del Congresso di Vienna del 1820) e non si era risolta ad accogliere in sé un articolo, come il 78 della costituzione belga, che limitasse la sfera delle competenze del monarca a quelle espressamente attribuitegli dalla costituzione. Ma ammettere l'esistenza per il monarca di epoca costituzionale, accanto al potere di partecipare alla legislazione ordinaria con diritto di veto (art. 62), al potere di emanare ordinanze in attuazione di una legge esistente (art. 45), al potere di emanare ordinanze provvisorie con forza di legge (art. 63), anche di un cosiddetto autonomo potere di ordinanza monarchico[225], era estremamente pericoloso per lo Stato costituzionale di diritto, perché quel potere non aveva alcun fondamento positivo nella costituzione.

Ammettere l'esistenza in epoca costituzionale di un autonomo potere monarchico di ordinanza significava assumere implicitamente molto più di quanto anche i più scettici nei confronti della forza normativa della costituzione prussiana ritenessero di poter leggere tra le righe dell'art. 109, e cioè che anche dopo l'entrata in vigore della costituzione potesse sopravvivere a oltranza diritto precostituzionale più o meno apertamente in contrasto con la costituzione; significava addirittura ammettere che il monarca di epoca costituzionale potesse ancora in determinate circostanze rivendicare a sé lo stesso illimitato e generalissimo potere normativo del monarca di epoca assolutistica, in sfregio al principio eminentemente *konstitutionell* per cui il diritto poteva scaturire solo dal percorrimento

[224] E. LASKER, *Wie ist die Verfassung in Preußen gehandhabt worden?*, cit., qui p. 8.

[225] Cfr. in merito quanto detto *supra*, § 3, p. 295.

della via della legislazione, seppure con qualche eccezione per gli stati d'emergenza (art. 63), con l'effetto, dalle conseguenze incalcolabili, di far così vacillare l'intero edificio costituzionale dello Stato.

Prendiamo il caso della modifica operata sulla Prima camera. Già solo con la legge costituzionale del 1853 era stata negata materialmente la lettera originaria della costituzione, dal momento che essa parlava in origine di una Prima camera almeno in parte rappresentativa in senso moderno, e cioè elettiva. La costituzione, nel momento in cui era modificata da una legge che disponeva in un senso del tutto opposto a quello espresso dalla sua lettera, era posta allo stesso livello di qualsiasi altra legge; da «legge fondamentale dello Stato», come si diceva nella stessa formula introduttiva della carta costituzionale prussiana, la costituzione era degradata al livello di una legge ordinaria che in ogni momento può essere sostituita da un'altra legge[226].

Con il successivo intervento dell'ordinanza del 1854, che può essere considerata emblematica del manifestarsi concreto dell'autonomo potere di ordinanza monarchico, e con cui il sovrano innovò ulteriormente, anche rispetto alla legge del 1853, nella definizione dei criteri per la formazione della Prima camera facendola diventare una Camera di 'signori' e cioè di nomina regia, lo strumento normativo dell'ordinanza non solo si sovrappose e si pose 'al di sopra' della legge costituzionale del 1853, ma si pose anche 'al di sopra' della legge fondamentale dello Stato, introducendo quel 'disordine' nell''ordine normativo' statale che certo fu l'espressione e allo stesso tempo la conseguenza più tangibile della mancata attuazione dei principi fondamentali dello Stato di diritto nei sistemi politico-costituzionali di epoca costituzionale in Germania e in Europa in genere[227].

Il fatto che la composizione di uno dei massimi organi dello Stato, la Camera dei signori, fondasse la sua esistenza su un'ordinanza, non su una legge e ancor meno sulla costituzione, e che questo dato di fatto palesemente incostituzionale non sia mai stato seriamente rimesso in discussione per tutta l'epoca della monarchia costituzionale neanche dal movimento liberale, proiettò la sua ombra sull'intera costituzione prussiana, certo legittimando i massimi giuspubblicisti dell'epoca a rigettare la dottrina liberale classica per cui esisteva una gerarchia delle fonti di diritto che aveva al suo vertice la costituzione, e ad approfondire invece il discorso scientifico

[226] E. LASKER, *Wie ist die Verfassung in Preußen gehandhabt worden?*, cit., p. 9.

[227] In merito si rinvia al bel saggio di Marta Lorente Sariñena contenuto in questo stesso volume.

che postulava l'esistenza, anche in epoca costituzionale, di differenti fonti normative e di differenti tipi di legge, legge da essi preferibilmente intesa in senso lato come proposizione giuridica (*Rechtssatz*).

Che la superiorità normativa della costituzione rispetto alle altre fonti del diritto si fosse dissolta come neve al sole al banco di prova della aggressiva politica costituzionale monarchico-governativa degli anni della reazione, quando le forme aggravanti del processo di legislazione dell'art. 107 niente avevano potuto contro la tempesta di leggi costituzionali che ne avevano stravolto la lettera e reso irriconoscibile lo spirito originario, doveva essere ancora ben presente a Conrad Bornhak all'inizio del secolo XX quando, in prossimità dell'approvazione di una riforma elettorale, aveva liquidato come risibile il 'freno' alla modifica costituzionale rappresentato dalla prescrizione contenuta in quell'articolo[228].

La doppia votazione a distanza di 21 giorni l'una dall'altra prescritta per le leggi di modifica della costituzione, appariva a Bornhak uno strumento in grado «solo» di posticipare nel tempo, non di disincentivare, né di ostacolare, l'avvio della procedura di modifica costituzionale. Del resto, che questo dispositivo normativo fosse destinato ad avere un impatto minimo, secondo Bornhak, lo si sarebbe potuto intuire sin dall'inizio, qualora lo si fosse messo a confronto con le corrispondenti norme costituzionali degli altri stati tedeschi, dove la modifica della costituzione richiedeva una maggioranza qualificata dei membri della Camera al momento della delibera di avvio della procedura e/o dei votanti al momento della risoluzione finale. Il suo valore era però minimo anche e soprattutto coerentemente con quello che in Germania era con buona pace di tutti – affermò Bornhak facendo con un colpo solo piazza pulita di sessant'anni di vita costituzionale e per giunta con il tono di chi esprime un'ovvietà anziché una provocazione – il valore aggiunto della costituzione rispetto alla legge ordinaria: «A differenza che negli stati fondati sulla sovranità popolare, le forme aggravanti per la modifica costituzionale non riposano in Germania sull'idea che la costituzione, in quanto espressione immediata della volontà popolare, sia una fonte giuridica superiore rispetto alla volontà del potere legislativo ...; la carta costituzionale – concludeva Bornhak con la malcelata soddisfazione di colui che ritiene di interpretare l'inesorabile direzione vincente dello sviluppo storico – è da noi una legge come tutte le altre»[229].

[228] Cfr. C. BORNHAK, *Die Form der Verfassungsänderung in Preußen*, apparso sul quotidiano 'indipendente' berlinese «Der Tag», 24 marzo 1910.

[229] *Ibidem*.

Una legge come tutte le altre o ancor meno di una legge, una *lex imperfecta*, priva di sanzione giuridica, di reali garanzie contro la sua stessa violazione: tale era la costituzione prussiana del 1850 per tutti coloro che avevano salutato con favore il fatto che la sua revisione in senso conservatore avesse preso il posto della sua attuazione nella direzione del moderno Stato costituzionale di diritto. Anche attraverso la teoria dell'imperfezione giuridica della costituzione, con cui si faceva riferimento principalmente alla mancata traduzione in pratica della garanzia giuridica della costituzione racchiusa nell'art. 61 che aveva promesso una legge sulla responsabilità ministeriale, si tentò allora, come fa ancora oggi certa storia giuridico-costituzionale, di ricondurre a manchevolezze, a lacune giuridico-positive, addirittura a vizi di forma originari, le difficoltà di naturalizzazione di una costituzione che erano invece dovute alla dinamica politica, insopprimibilmente conflittuale, della monarchia costituzionale.

La teoria sull'imperfezione giuridica della costituzione prussiana trovò un terreno di coltura non a caso eccezionalmente fertile nei quattro anni del conflitto costituzionale. Fu infatti in questo periodo che il governo, non avendo incontrato il consenso della Camera dei deputati sulla legge di bilancio, osò addirittura sostituire la legge richiesta dall'art. 99 per il varo del preventivo di bilancio pubblico, con unilaterali Risoluzioni ministeriali (*Ministerialbeschlüsse*). Tali risoluzioni furono addirittura tenute a lungo rigidamente segrete alla rappresentanza popolare a maggioranza liberale, una rappresentanza popolare quindi dalla composizione politica del tutto mutata di segno rispetto agli anni Cinquanta. In questo periodo le accuse al governo conservatore presieduto da Bismarck di amministrazione incostituzionale delle finanze pubbliche si levarono con tanta forza dalle colonne della stampa quotidiana e periodica a sostegno dell'opposizione della Camera dei deputati, da indurre il governo ad adottare un'ordinanza d'emergenza (art. 63) per sospendere la libertà di stampa (sancita dalla costituzione all'art. 27), e ordinare il sequestro delle pubblicazioni mostratesi particolarmente irriverenti verso il governo e le istituzioni statali.

Il ricorso da parte del governo a un'ordinanza d'emergenza per sospendere l'art. 27, articolo che conteneva uno dei più importanti *Gesetzesvorbehalte* della costituzione prussiana, avendo 'promesso' che «ogni limitazione della libertà di stampa [poteva] essere introdotta solo per via legislativa», e incarnando quella che Rönne aveva detto essere una delle più importanti garanzie in senso lato della costituzione, indusse le forze parlamentari liberali dell'opposizione della Camera dei deputati a rivolgersi agli *Spruchkollegien* di tre facoltà di diritto extraprussiane (Heidelberg,

Göttingen e Kiel) per averne dei pareri sulla legittimità e sulla costituzionalità dell'ordinanza governativa. A questi pareri la Camera intendeva appoggiarsi al momento di avvalersi di quel potere di controllo della validità giuridica di ordinanze straordinarie contemplato dall'art. 63 (affinché infatti l'ordinanza d'emergenza potesse mantenere nel tempo forza di legge era necessario che essa fosse subito sottoposta all'approvazione delle Camere non appena queste si fossero nuovamente riunite) nonché dal già più volte incontrato II comma dell'art. 106 della costituzione, che aveva riservato alle Camere, togliendolo ai tribunali, il potere di controllo della validità giuridica delle ordinanze. Le Camere volevano insomma dagli esperti una risposta ai due quesiti, a) se sussistesse effettivamente lo stato di emergenza che aveva indotto il governo all'emanazione della *Notverordnung*, e b) se fosse da ritenersi costituzionale che il governo rilasciasse un'ordinanza d'emergenza su una materia, la limitazione della libertà di stampa, espressamente riservata alla legge dalla costituzione.

Le facoltà di diritto interpellate furono concordi nel negare sia l'effettiva sussistenza dello stato di emergenza invocato dal governo a giustificazione dell'emanazione dell'ordinanza, sia la costituzionalità e, di conseguenza, la validità giuridica di un'ordinanza d'emergenza emanata a limitazione della libertà costituzionale di stampa[230].

Sulla base del potere di controllo delle ordinanze attribuito alle Camere dall'art. 106 e dall'art. 63 della costituzione, l'ordinanza governativa sulla stampa del 1° giugno 1863 venne da queste dichiarata incostituzionale il 19 novembre 1863 e il governo fu costretto a ritirarla due giorni dopo.

Se si fa eccezione per questo episodio in cui le Camere riuscirono addirittura a far annullare un atto governativo ritenuto anticostituzionale in forza del potere di controllo delle norme espresso dall'art. 106 e del potere di negare forza di legge a ordinanze d'emergenza sulla base dell'art. 63, contro la determinazione delle forze anticostituzionali a neutralizzare il carattere politico-programmatico della costituzione prussiana, effettivamente assai poco poterono le cosiddette garanzie giuridiche della costituzione, e in particolare l'art. 107, soprattutto quando quelle forze

[230] Cfr. *Rechtsgutachten der Juristen=Fakultät auf der Christian=Albrechts Universität zu Kiel über die Preußische Preßverordnung vom 1. Juni 1863* (3 novembre 1863), Berlin 1863, pp. 1-15; *Rechtsgutachten des Spruchcollegiums der Heidelberger Juristen=Facultät über die Verfassungsmässigkeit der preußischen Preßverordnung vom 1. 1863* (8 agosto 1863), Leipzig 1863, pp. 1-16; *Rechtsgutachten der Juristen=Fakultät auf der Königlich=Hannoverschen Georg=August=Universität zu Göttingen über die Preußische Preßverordnung vom 1. Juni 1863* (novembre 1863), Berlin 1863, pp. 1-28.

riuscirono addirittura a garantirsi l'avallo anche della Seconda camera prussiana oltre che della Prima.

Furono così le stesse Camere, le custodi per eccellenza della costituzione, a consentire tutta una serie di modifiche, di cosiddette «revisioni all'indietro» della costituzione, che ne contraddicevano apertamente lo spirito originario rendendolo talora irriconoscibile ai più. Come ebbe modo di osservare anche il giuspubblicista Otto Bähr, non sarebbe andata certo diversamente se all'epoca fosse stata già disponibile una legge di attuazione della responsabilità dei ministri, promessa dall'art. 61[231]. Sarebbe pur sempre toccato alle Camere chiedere la messa in stato d'accusa dei ministri resisi colpevoli di violazione della costituzione, le quali peraltro si sarebbero poi comunque dovute confrontare con il dato di fatto, questo sì non aggirabile, che la revoca di un ministro in carica come pure la nomina di uno nuovo era in epoca costituzionale in linea di principio sottratta alla loro sfera di influenza o capacità di pressione politica.

La debolezza del movimento politico liberale si riflesse così indirettamente e irreversibilmente addirittura sull'integrità materiale della carta costituzionale, a difesa della quale le Camere e le forze politiche sinceramente costituzionali non sempre mobilitarono a dovere tutti gli strumenti giuridici messi a disposizione dalla carta costituzionale. Lo scarso uso fatto dai parlamentari liberali, ma come abbiamo visto anche da quelli cattolici, di determinazioni come il II comma dell'art. 106, fu certo anche una conseguenza della sottovalutazione delle sue potenzialità applicative da parte della dottrina giuridica di orientamento sinceramente costituzionale. Rönne e Gneist, come si è visto, avrebbero preferito che il controllo delle norme, e quindi anche la difesa della costituzione da violazioni perpetrate attraverso ordinanze regie, fosse affidata ai giudici, certo sopravvalutando il livello di autonomia del ceto giudiziario nella Germania costituzionale, e, per contro, sottostimando il fatto che, come ebbe modo di dire Herrmann Schulze, «era il Re a nominare i giudici in Prussia»[232]. Del resto di vicende in grado di attestare abbondantemente l'esistenza nella seconda metà dell'Ottocento di una cosiddetta «giustizia di gabinetto» o di una «Präventiv-Justiz» come si diceva allora, sono pieni gli annali della storia costituzionale prussiana. E inoltre, come ben si sa, in Prussia, a differenza che in Austria, non fu certo sufficiente l'introduzione della giustizia amministrativa a tutelare nel campo del diritto pubblico i diritti soggettivi dei cittadini dagli abusi dell'amministrazione.

[231] Cfr. O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Skizze*, cit., pp. 79-82.

[232] H. SCHULZE, *Das Staatsrecht des Königreichs Preußen*, cit., p. 95.

Das Vereinsgesetz: Ein Ausführungsgesetz zur cisleithanischen Verfassungsordnung von 1867?

von *Peter Urbanitsch*

In Vorbereitung der Tagung «Parlament und Verfassung in den europäischen konstitutionellen Verfassungssystemen des 19. Jahrhunderts» haben die Koordinatoren als eines der zu behandelnden Themen die «Durchführung der Grundsätze und 'Versprechen' der Verfassung» benannt, insbesondere jener Punkte, die sich mit den Grund- und Freiheitsrechten der Bürger beschäftigen. Die folgenden Überlegungen wollen an Hand einer Detailstudie diesem Problemkreis nachgehen.

In Art. 12 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder vom 21. Dezember 1867, *Reichsgesetzblatt*, Nr. 142 (*RGBl.*), das mit einigen anderen Grund- bzw. Staats-Grundgesetzen die sogenannte «Dezemberverfassung» bildet, heißt es lapidar: «Die österreichischen Staatsbürger haben das Recht, sich zu versammeln und Vereine zu bilden. Die Ausübung dieser Rechte wird durch besondere Gesetze geregelt»[1]. Durchforstet man nun die insgesamt 50 Bände des *Reichsgesetzblattes*, die zwischen 1868 und 1918 erschienen, wird man solche Gesetze vergeblich suchen; sie wurden bis 1918 nie verabschiedet. Man könnte nun daraus folgern, ein Vereinsgesetz als Ausführungsgesetz dieser eben zitierten Verfassungsbestimmung gab es nicht und die Angelegenheit damit auf sich beruhen lassen. So einfach war die Sache allerdings nicht, denn selbstverständlich ruhte das reiche Vereinsleben Cisleithaniens – 1910 gab es hier über 103.000 statistisch erfaßte Vereine[2] – auf gesetzlicher Grundlage, nämlich auf dem Vereinspatent vom 26. November 1852, *RGBl.* Nr. 253, und dem Gesetz über das

1 Zitiert nach E. BERNATZIK (ed), *Die österreichischen Verfassungsgesetze mit Erläuterungen*, Wien 1911², S. 425. Eine Sammlung relevanter Dokumente auch bei I. REITER (ed), *Texte zur österreichischen Verfassungsentwicklung 1848-1955*, Wien 1997.

2 H.P. HYE, *Zum Vereinswesen in der Habsburgermonarchie*, in E. BRIX - R. RICHTER (edd), *Organisierte Privatinteressen. Vereine in Österreich* (Civil Society. Österreichische Forschungsgemeinschaft, 4), Wien 2000, S. 33-53, hier 35.

Vereinsrecht vom 15. November 1867, *RGBl.* Nr. 134[3]. Obwohl letzteres früher zustande kam als das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, wurde und wird es sehr häufig als Ausführungsgesetz eben dieses Staatsgrundgesetzes angesehen[4]. In einem aktuellen Lehrbuch aus *Besonderem Verwaltungsrecht* ist zu lesen, daß Art. 12 des zitierten Staatsgrundgesetzes, der immer noch geltendes Recht darstellt, in der Rechtsprechung des – heutigen österreichischen – Verfassungsgerichtshofes «als unter Ausgestaltungsvorbehalt stehend angesehen [wird], was zur Folge hat, daß jede Verletzung des einfachgesetzlichen Vereinsgesetzes gleichzeitig eine Grundrechtsverletzung darstellt. Als Grund für diese Interpretation des Gesetzesvorbehalts wird vom Verfassungsgerichtshof angeführt, daß der historische Verfassungsgesetzgeber das bereits erlassene Vereinsgesetz vor Augen hatte und als Inhalt der Vereinsfreiheit ansah»[5]. Inwieweit diese Behauptung zutrifft und wie sich das Vereinsrecht im Verhältnis zur Verfassungsgesetzgebung entwickelte, diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

Wie bei so vielen anderen Aspekten, die sich mit der in mehreren Anläufen vollziehenden Verfassungsentwicklung Österreichs und mit der Grundrechtsproblematik befassen, muß man auf das Jahr 1848 zurückgehen. Schon im ersten, Mitte April 1848 entstandenen Verfassungsentwurf des Innenministers Franz Freiherrn von Pillersdorf findet sich ein Hinweis auf das Vereinsrecht[6]. In der Verfassungsurkunde des österreichischen Kaiserstaates vom 25. April 1848 heißt es im § 22, «das Petitionsrecht und das Recht zur Bildung von Vereinen steht allen Staatsbürgern zu. Besondere Gesetze werden die Ausübung dieser Rechte regeln»[7]. Schon hier tritt also deutlich der Deklarationscharakter dieser Grundrechtsbestimmungen, die freilich damals noch nicht diesen Namen trugen, son-

[3] Für letzteres siehe E. BERNATZIK (ed), *Verfassungsgesetze*, S. 381-387.

[4] Auch Bernatzik hat es als solches aufgefaßt, vgl. E. BERNATZIK (ed), *Verfassungsgesetze*, S. 425 Anm. 13, der Abdruck erfolgt auf S. 381-387 unter der Überschrift: «Die Staatsgrundgesetze des Jahres 1867».

[5] S. BACHMANN, *Besonderes Verwaltungsrecht. Lehrbuch* (Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft), Wien 1998², S. 46.

[6] W. BRAUNEDER, *Die Gesetzgebungsgeschichte der österreichischen Grundrechte*, in R. MACHACEK - W.P. PAHR - G. STADLER (edd), *70 Jahre Republik. Grund- und Menschenrechte in Österreich. Grundlagen, Entwicklung und internationale Verbindungen*, Kehl - Straßburg - Arlington VA 1991, S. 189-364, hier S. 201.

[7] E. BERNATZIK (ed), *Verfassungsgesetze*, S. 105. Vgl. auch K. HUGELMANN, *Die Entwicklung der Aprilverfassung von 1848*, in «Jahrbuch für Landeskunde von Niederösterreich», 17-18, 1918-1919, S. 235-275.

dern als «staatsbürgerliche und politische Rechte der Staatseinwohner»[8] bezeichnet wurden, zutage.

Entgegen der ursprünglichen Absicht wurde dem auf Grundlage der Aprilverfassung gewählten Reichstag die Aufgabe zuerkannt, eine neue Verfassung auszuarbeiten. Die konkrete Arbeit fiel dem im August konstituierten Verfassungsausschuß zu, der wiederum zwei Unterausschüsse bildete, wovon der eine sich mit der Formulierung der Grundrechte, der andere mit der Textierung der übrigen Verfassung beschäftigte[9]. Ende Dezember 1848 legte der Verfassungsausschuß dem Plenum seinen Entwurf vor, in dem im § 12 den österreichischen Staatsbürgern das Recht zugebilligt wird, «ohne alle behördliche Bewilligung Vereine zu bilden, insofern Zweck und Mittel der Vereinigung weder rechtswidrig noch staatsgefährlich sind. Die Regelung dieses Rechtes darf nur durch ein Gesetz geschehen»[10]. Da jedoch zwischen Regierung und Parlament unüberbrückbare Differenzen über Inhalt und «Geist» der Grundrechte aufbrachen und sich Regierung und Parlament total auseinandergelebt hatten, beschloß die Regierung, den im mährischen Städtchen Kremsier (Kroměříž) tagenden Reichstag vorzeitig aufzulösen[11]. Als die Auflösung am 7. März 1849 erfolgte, hatte das Reichstagsplenum bereits die Hälfte der Grundrechtsparagraphen des Verfassungsausschusses angenommen, darunter auch den über das Vereinsrecht.

Die Regierung ihrerseits hatte einen eigenen Verfassungstext vorbereitet, der sich in vielen Passagen eng an den sogenannten Kremsierer Verfassungsentwurf anlehnte. Ein wesentlicher Unterschied war allerdings, daß der Kremsierer Entwurf die Grundrechte als integrierenden Teil der Verfassungsurkunde ansah, während die Reichsverfassung vom 4. März 1849 nur einige wenige Grundrechte in der Verfassungsurkunde selbst beließ, für die überwiegende Mehrzahl aber ein eigenes Grundrechtspatent,

[8] W. BRAUNEDER, *Die Verfassungsentwicklung in Österreich 1848 bis 1918*, in H. RUMPLER - P. URBANITSCH (edd), *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, Bd. 7: *Verfassung und Parlamentarismus*, Tlbd. 1, Wien 2000, S. 69-237, hier S. 91.

[9] A. FISCHEL (ed), *Die Protokolle des Verfassungsausschusses über die Grundrechte. Ein Beitrag zur Geschichte des österreichischen Reichstages vom Jahre 1848*, Wien - Leipzig 1912; A. SPRINGER (ed), *Protokolle des Verfassungs-Ausschusses im österreichischen Reichstage 1848-1849*, Leipzig 1885.

[10] E. BERNATZIK (ed), *Verfassungsgesetze*, S. 137.

[11] Vgl. A. GOTTSMANN, *Der Reichstag von Kremsier und die Regierung Schwarzenberg. Die Verfassungsdiskussion des Jahres 1848 im Spannungsfeld zwischen Reaktion und nationaler Frage* (Österreich Archiv), Wien - München 1995.

das Kaiserliche Patent über die, durch die konstitutionelle Staatsform gewährleisteten, politischen Rechte vom 4. März 1849, *RGBl.* Nr. 151, erlassen wurde. In diesem Patent, das ausdrücklich nur für die später so benannten cisleithanischen Länder galt, findet sich auch das Vereinsrecht; § 7 hielt fest: «Die österreichischen Staatsbürger haben das Recht, sich zu versammeln und Vereine zu bilden, insofern Zweck, Mittel oder Art und Weise der Versammlung oder Vereinigung weder rechtswidrig noch staatsgefährlich sind. Die Ausübung dieses Rechtes, sowie die Bedingungen, unter welchen Gesellschaftsrechte erworben, ausgeübt oder verloren werden, bestimmt das Gesetz»[12]. Der letzte Satz war im Ministerrat auf ausdrückliche Anregung des Kaisers inseriert worden[13].

Waren Ausführungsgesetze bisher nur angekündigt worden, so folgte im Anschluß an das Grundrechtspatent tatsächlich ein solches. Schon am 17. März 1849 wurde ein Kaiserliches Patent erlassen, «womit die Ausübung des freien Vereinigungs- und Versammlungsrechtes geregelt wird», *RGBl.* Nr. 171. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den § 7 des Grundrechtspatents erlassen, ist es als das erste Ausführungsgesetz hinsichtlich des Vereinsrechtes anzusehen, auch wenn die Erlassung des Vereinspatents schon lange vor der des Grundrechtspatents geplant und auf Regierungsseite ursprünglich «als notwendiges Koerzitiv gegen die Übergriffe der Slovanská Lípa und anderer demokratischer Vereine» im Winter 1848/49 gedacht war[14]. Zwar blieb das Vereinspatent des Jahres 1849 nur kurz in Kraft, dennoch ist es für die nachfolgende Entwicklung bedeutsam, weil hier zum ersten Mal die Gesamtheit der Vereine in drei Kategorien gegliedert wurde: in gewinnorientierte Vereine, in nicht gewinnorientierte wirtschaftliche, wissenschaftliche, kulturelle, humanitäre etc. (heute werden sie als ideelle Vereine[15] bezeichnet) und in politische Vereine, eine Einteilung, die sich im Vereinsrecht bis 1918 (und in der Republik Österreich darüber hinaus) erhalten hat.

Mit Kaiserlichem Patent vom 31. Dezember 1851, *RGBl.* Nr. 3/1852, einem der sogenannten «Silvesterpatente», wurde das Grundrechtspatent von 1849 und die darin gewährten politischen Rechte aufgehoben[16], ein

[12] E. BERNATZIK (ed), *Verfassungsgesetze*, S. 167.

[13] W. BRAUNEDER, *Grundrechte*, S. 247.

[14] A. GOTTSMANN, *Reichstag von Kremsier*, S. 95.

[15] H. KREJCI, *Zur rechtlichen Ordnung ideeller Vereine*, in E. BRIX - R. RICHTER (edd), *Organisierte Privatinteressen*, S. 123-143.

[16] E. BERNATZIK (ed), *Verfassungsgesetze*, S. 209 f.

knappes Jahr später, am 26. November 1852, ein neues, sehr restriktives Vereinsgesetz erlassen (*RGBl.* Nr. 253/1852), übrigens das letzte, in dem alle Kategorien von Vereinen Erwähnung fanden. Daß im Zusammenhang mit diesem Gesetz von «Vereinsfreiheit» nicht mehr die Rede sein konnte, erhellt auch aus einem kleinen Detail: von den 28 Paragraphen des Gesetzes handeln 27 von ideellen und gewinnorientierten Vereinen und nur ein einziger von den politischen Vereinen, und dort heißt es kurz und unmißverständlich: «Die Bildung von Vereinen, welche sich Zwecke vorsetzen, die in den Bereich der Gesetzgebung oder der öffentlichen Verwaltung fallen, ist untersagt»[17]. Der Neoabsolutismus hatte für die Mitsprache der Bevölkerung in politischen Dingen nichts übrig. Für Verfassungsgesetze, die nach den Worten des österreichischen Staatsrechtlers Josef Ulbrich «die grundsätzlichen Bestimmungen über die Struktur des Staates, namentlich über die Rechtsstellung des Herrschers und der Minister als seiner unmittelbaren Gehilfen, über die parlamentarischen Vertretungen, über das Wahlrecht für diese, über die Freiheitssphäre der Staatsbürger, über die Formen der Ausübung der Staatsgewalt» enthalten[18] – wobei diese Umschreibung sich eng an die cisleithanische Verfassungsordnung von 1867 anlehnte –, war im Neoabsolutismus kein Bedarf.

Wie in so vielen anderen Fällen auch, waren es äußere Ereignisse und Umstände, die der Entwicklung des Verfassungslebens förderlich waren. Nach der Niederlage der kaiserlichen Truppen auf dem italienischen Kriegsschauplatz 1859 und dem damit zusammenhängenden Finanzdesaster versprach Franz Joseph zwar «zeitgemäße Verbesserungen in Gesetzgebung und Verwaltung»[19] einzuführen, und im innersten Kreis der Berater des Herrschers war man sich völlig klar darüber, «daß ... es sich darum handle, eine Theilnahme der Regierten an der Verwaltung der öffentlichen Angelegenheiten in Österreich anzubahnen»[20], doch war

[17] P. URBANITSCH, *Zum Verhältnis von Staatsmacht, (politischen) Vereinen und Parteien*, in U. BURZ - M. DERNDARSKY - W. DROBESCH (edd), *Brennpunkt Mitteleuropa. Festschrift für Helmut Rumpler zum 65. Geburtstag*, Klagenfurt 2000, S. 279-304, hier S. 281.

[18] J. ULBRICH, *Das oesterreichische Staatsrecht* (Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, IV/1/I/1), Neubearbeitung auf der Grundlage der 3. Auflage, Tübingen 1909^4, S. 2.

[19] Für den Text des *Laxenburger Manifests* vom 15. Juli 1859, *RGBl.* Nr. 133/1859, siehe G. KOLMER, *Parlament und Verfassung in Österreich*, 8 Bde., Wien - Leipzig 1902-1914, photomechanischer Nachdruck Graz 1972-1980, hier Bd. 1, S. 21 f.

[20] Ministerconferenz vom 7. August 1859, zitiert nach F. WALTER (ed), *Die österreichische Zentralverwaltung*, Bd. 3/3: *Die Geschichte der Ministerien vom Durchbruch des Absolutismus bis zum Ausgleich mit Ungarn und zur Konstitutionalisierung der österreichischen Länder*

damit noch keineswegs das Tor zum Weg der Monarchie zum liberalen Verfassungsstaat geöffnet. Ganz im Gegenteil: Einige einflußreiche Berater bevorzugten ganz eindeutig eine Rückkehr zu ständisch-feudalen Verhältnissen und dem zögernden und im Innersten widerstrebenden Herrscher mußten die einzelnen Schritte in Richtung Konstitutionalisierung erst mühsam abgerungen werden. Insgesamt kann man durchaus von einer «schleichenden Konstitutionalisierung» sprechen[21]. Das sogenannte «Oktoberdiplom» vom 20. Oktober 1860, *RGBl.* Nr. 226, war keine vollständige Verfassungsurkunde, es stellte im Sinne einer neoständischen Staatsordnung eigentlich bloß die Mitwirkung der Bevölkerung in einigen Bereichen der Gesetzgebung in Aussicht. Darüber hinaus wurden in einer Reihe von Handschreiben wesentliche Teile der alten ungarischen, der siebenbürgischen und der kroatisch-slawonischen Verfassungsordnung von vor 1848 wieder in Kraft gesetzt, während für die «cisleithanischen» Länder neue, auf neoständischer Basis beruhende Landesordnungen ins Leben gerufen werden sollten (von denen allerdings nur 4 tatsächlich publiziert wurden)[22].

Das Oktoberdiplom traf auf wenig Gegenliebe; schon am 26. Februar 1861 wurde es durch ein Kaiserliches Patent, *RGBl.* Nr. 20, und seine

1852-1867 (Veröffentlichungen der Kommission für Neuere Geschichte Österreichs, 54), Wien 1970, S. 104 f.

[21] Trotz z.T. sehr gewichtiger neuerer Arbeiten bestehen hinsichtlich der für die innere Geschichte der Habsburgermonarchie so entscheidenden Jahre 1859 und 1860 immer noch einige Forschungslücken. Neben F. WALTER, *Österreichische Zentralverwaltung*, Bde. 3/3 und 4 sind zu nennen: W. GOLDINGER, *Von Solferino bis zum Oktoberdiplom*, in «Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs», 3, 1950, S. 106-126; J. LATKOCZY, *Der Weg zur Verfassung des Jahres 1861*, Diss. Phil., Wien, 1966; H. RUMPLER, *Der Kampf um die Kontrolle der österreichischen Staatsfinanzen. Ein Beitrag zur Geschichte des österreichischen Budgetrechtes*, in G.A. RITTER (ed), *Gesellschaft, Parlament und Regierung. Zur Geschichte des Parlamentarismus in Deutschland*, Düsseldorf 1974, S. 165-188; H-H. BRANDT, *Der österreichische Neoabsolutismus: Staatsfinanzen und Politik 1848-1860*, 2 Bde. (Schriftenreihe der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 15), Göttingen 1978, Bd. 2, *passim*. Es wäre zu hoffen, daß nach Erscheinen der Edition der Österreichischen Ministerratsprotokolle dieser Jahre – der 1. Band der Serie IV befindet sich derzeit im Druck – jemand sich an eine Gesamtdarstellung jener Periode heranwagt. Ich danke meinem Kollegen S. MALFÈR für die Möglichkeit, schon vorab in die vom ihm verfaßte Einleitung zu Bd. 1 der Serie IV der *Österreichischen Ministerratsprotokolle* Einsicht nehmen zu können.

[22] E. BERNATZIK (ed), *Verfassungsgesetze*, S. 222-254. Siehe auch P. URBANITSCH, *Federalismo e centralismo in Austria dal 1861 alla prima guerra mondiale*, in M. GARBARI - D. ZAFFI (edd), *Autonomia e federalismo nella tradizione storica italiana e austriaca* (Collana di monografie edita dalla società di studi trentini di scienze storiche, 56), Trento 1996, S. 23-67, insbesondere S. 28-35.

Beilagen, nämlich das Grundgesetz über die Reichsvertretung, und die Landes- und Landtagswahlordnungen für die cisleithanischen Länder (denen allen der Rang eines Staatsgrundgesetzes zugesprochen wurde), ergänzt, das heißt eigentlich ersetzt[23]. Obwohl im Art. VI des Februarpatents davon die Rede ist, daß die Pragmatische Sanktion von 1713, das Oktoberdiplom mitsamt den dazugehörigen Handschreiben und das Februarpatent mit all seinen Beilagen, daß dieser «ganze Inbegriff von Grundgesetzen als die Verfassung Unseres Reiches» zu gelten habe, ist auch die Februarverfassung kein «komplettes» Verfassungsdokument, sondern sehr viel eher ein Beleg für den schrittweisen Abschied Franz Josephs von seinem absoluten Herrschertum.

Zwar waren die Liberalen mit den ihnen gewährten Konzessionen nicht zufrieden, doch nützten sie die Chancen, die ihnen die Februarverfassung durch die Schaffung eines Parlamentes bot, um die Lücken in der Verfassungsordnung zu schließen, in der in der Tat wesentliche Elemente einer konstitutionellen Ordnung fehlten, so unter anderem ein Grundrechtskatalog[24]. Knappe 6 Wochen nach der feierlichen Eröffnung des Reichsrates am 1. Mai 1861 forderte der Abgeordnete Mühlfeld – für den «Grundrechte jene Rechte [sind], welche das Maß der Freiheit gewähren, ohne welches der Mensch in seiner Würde nicht bestehen kann»[25] die Einsetzung von Ausschüssen, die Gesetzentwürfe über das Vereins- und Versammlungsrecht, den Schutz der persönlichen Freiheit, des Hausrechts, des Brief- und Schriftengeheimnisses, die Sicherung der Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre sowie ein Religionsedikt vorbereiten und beraten sollten. Solche Ausschüsse wurden tatsächlich eingesetzt und begannen alsbald mit ihrer Arbeit[26]. Während die Beschäftigung mit den Materien des Schutzes der persönlichen Freiheit und des Hausrechts gegen Übergriffe der Organe der öffentlichen Gewalt relativ

[23] E. BERNATZIK (ed), *Verfassungsgesetze*, S. 255-314; F. FELLNER, *Das «Februarpatent» von 1861. Entstehung und Bedeutung*, in «Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung», 63, 1955, S. 549-564.

[24] A. GOTTSMANN, *Der Reichstag 1848/49 und der Reichsrat 1861 bis 1865*, in H. RUMPLER - P. URBANITSCH (edd), *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, Bd. 7: *Verfassung und Parlamentarismus*, Tlbd. 1, Wien 2000, S. 589-665, insbesondere S. 648-651.

[25] Zitiert nach W. BRAUNEDER, *Grundrechte*, S. 274.

[26] *Stenographische Protokolle über die Sitzungen des Hauses der Abgeordneten des österreichischen Reichsrates* (künftig: *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*), I. Legislaturperiode, I. Session, 20. Sitzung am 4. Juli 1861, S. 428; H.P. HYE, *Zur Liberalisierung des Vereinsrechts in Österreich. Die Entwicklung des Vereinsgesetzes von 1867*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 14, 1992, S. 191-216, hier S. 192.

rasch zur Beschlußfassung und im Oktober 1862 zur Sanktionierung entsprechender Gesetze führte (Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit vom 27. Oktober 1862, *RGBl.* Nr. 87; Gesetz zum Schutze des Hausrechtes vom 27. Oktober 1862, *RGBl.* Nr. 88), der Gesetzentwurf zum Schutz des Briefgeheimnisses an divergierenden Auffassungen zwischen Herrenhaus und Abgeordnetenhaus sowie zwischen letzterem und der Regierung scheiterte – ein entsprechendes Gesetz wurde erst 1870 bzw. 1879 verabschiedet[27] – verlief die Arbeit des Ausschusses hinsichtlich des Vereinsgesetzes im Sand. 1863 wurde neuerlich ein Ausschuß zum Zweck der Neufassung des Vereins- und Versammlungsrechtes, von einem Mitglied des Wiener Gemeinderates sogar als «das erste aller konstitutionellen Grundrechte» bezeichnet[28], eingesetzt, der einen relativ liberalen Entwurf eines Vereinsgesetzes erarbeitete, dieser Entwurf fiel jedoch der Schließung der Reichsratssession im Jahr 1865 zum Opfer[29].

Bald nach der Wiedereröffnung des Reichsrates am 20. Mai 1867 stellte der Abgeordnete van der Straß am 3. Juli 1867 den Antrag, das Haus möge die Entwürfe des früheren Ausschusses betreffend ein Gesetz über das Vereinsrecht und ein solches über das Versammlungsrecht in Verhandlung nehmen. In Begründung seines Antrags strich van der Straß die große Bedeutung der Grundrechte für eine konstitutionelle Staatsreform heraus und betonte das dringende Bedürfnis nach einer Regelung. Der Antrag wurde unter anderem von den Abgeordneten Sturm, Pratobevera, Herbst, Rechbauer mitunterzeichnet[30]. Diese Abgeordneten gehörten allesamt dem Verfassungsausschuß an[31], der wenige Tage zuvor eingesetzt worden war, um die Regierungsvorlagen betreffend die wegen des Ausgleichs mit Ungarn notwendig gewordene Revision des Grundgesetzes über die Reichsvertretung vom Februar 1861 sowie die Einführung der Ministerverantwortlichkeit und eine Neufassung des Notverordnungsrechts zu beraten. In der Folge sind mehrere Entwicklungsstränge auszumachen,

27 A. GOTTSMANN, *Reichsrat 1861 bis 1865*, S. 650.

28 *Protokolle der öffentlichen Sitzungen des Gemeinderathes der k.k.Reichshaupt- und Residenzstadt Wien*, 243, Sitzung am 4. Dezember 1863, S. 2341 (Abg. Steudel).

29 *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, I/II, 9. Sitzung am 17. Juli 1863, S. 164 f.; H.P. HYE, Vereinsrecht, S. 193 ff.

30 *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, II/IV, 15. Sitzung am 3. Juli 1867, S. 277; *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, II/IV, 16. Sitzung am 5. Juli 1867, S. 301 f. (Abg. van der Straß).

31 B. HAIDER, *Die Protokolle des Verfassungsausschusses des Reichsrates vom Jahr 1867* (Fontes rerum Austriacarum, II/88), Wien 1997.

teils parallel laufend, teils sich überschneidend und konvergierend, die jedoch zum Zwecke einer besseren Übersichtlichkeit getrennt betrachtet werden sollten.

Zum ersten ist es der «Vereinsausschuß» des Abgeordnetenhauses, dem die Abgeordneten von der Straß, Kardasch, Wolf, Dittrich, Kaiser, von Tschabuschnigg, Mandellbüh, von Szábel und Schubert angehörten[32].

Zum zweiten ist die Regierung zu nennen, die mit dem recht liberalen Text des Ausschuß-Entwurfs von 1863 nicht glücklich war und deshalb schon seit längerem an einem eigenen Entwurf arbeitete, den der stellvertretende Ministerpräsident Graf Taaffe am 5. Juli 1867 im Parlament ankündigte und am 16. Juli tatsächlich einbrachte[33]. Abgesehen von den in vielerlei Hinsicht restriktiveren Bestimmungen – insbesondere betraf das die sogenannten «politischen Vereine», wobei jedoch nicht definiert war, was als «politisch» zu gelten hatte und die Entscheidung darüber ausschließlich bei den Administrativbehörden lag[34] – unterschied sich der Regierungsentwurf von dem des Ausschusses grundsätzlich darin, daß er nur einen Teil der gesamten Vereinsmaterie regeln wollte und die auf Gewinn berechneten Vereine ausnahm, die weiterhin nach den Bestimmungen des Gesetzes von 1852 behandelt werden sollten. Außerdem hatte der Regierungsentwurf auf verschiedene andere Kategorien von Vereinigungen keine Anwendung zu finden.

Trotz dieser Beschränkungen hat sich der Ausschuß in der Folge nur mehr mit dem Regierungsentwurf beschäftigt und diesen nach kleineren Modifikationen dem Abgeordnetenhaus auch zur Annahme empfohlen. Im Plenum, das am 23. und 24. Juli die Generaldebatte und die zweite Lesung abführte, wollten die Kritiker des Gesetzentwurfs diesen an den Ausschuß zurückverweisen, weil, wie der Abgeordnete Seyffertitz meinte, der Entwurf «den Anforderungen der freiheitlichen Gestaltung durchaus nicht entspricht». «Es gibt in einem wirklichen Rechtsstaat ... nur ein einziges Prinzip, das ist, daß nicht im Vorhinein dasjenige von dem Belieben der Regierung abhängig sei, was ein angeborenes Recht jedes

32 *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, II/IV, 17. Sitzung am 10. Juli 1867, S. 309.

33 *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, S. 303 (Minister Taaffe); *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, 20. Sitzung am 16. Juli 1867, S. 383 (Minister Taaffe).

34 Tatsächlich sollte es bis 1918 nicht gelingen, eine verbindliche Definition dessen, was das Gesetz unter «politisch» verstand, zu geben. P. URBANITSCH, *Staatsmacht, Vereine und Parteien*, insbesondere S. 287-290.

Bürgers ist»[35]. Ihm sekundierte der Abgeordnete Dinstl, der meinte, der Gesetzentwurf sehe zu viel an Überwachung seitens der Behörden vor. «Wir wollen das Vereinsrecht, wir wollen keine Vereinstoleranz, wir wollen stehen auf dem Rechte und nicht auf den Anschauungen der Statthaltereien und ihrer Referenten»[36]. Auch der Abgeordnete Rechbauer kritisierte die mangelnde Rechtsstaatlichkeit des Regierungsentwurfs: «Wollen wir einen Rechtsstaat gründen, sollen unter allen Bedingungen Recht und Gesetz gelten und keiner Behörde soll es gestattet sein, sich darüber hinwegzusetzen»; sein oberösterreichischer Kollege Figuly befürchtete, «daß dieser Entwurf bei der Bevölkerung des Reiches keine besonders freundliche Aufnahme finden werde; ich finde nicht den Geist der Freiheit und den Geist einer freiheitlichen Entwicklung des Vereinswesens darin»[37]. Selbst die Befürworter des Gesetzes drückten sich sehr vorsichtig aus: «Wir sind nicht zum letzten Male hier, wir kommen noch aufs Jahr und später hier zusammen, wir können dann unsere Beschlüsse korrigieren, wie es uns belieben wird. Aber darum handelt es sich heute, von dem Rechte Besitz zu ergreifen, selbst wenn das Gesetz nicht so vollkommen wäre»[38].

Unbeschadet dieser überwiegend negativen bzw. resignativen Grundhaltung wurde der Entwurf am 25. Juli 1867, in der letzten Sitzung des Abgeordnetenhauses vor der Sommerpause, in dritter Lesung angenommen. Der Berichterstatter teilte nach der Annahme noch mit, daß der Ausschuß die Regierung beauftragen wolle, sie solle binnen kürzester Frist auch für jene Vereine, auf die das eben beschlossene Gesetz keine Anwendung finde – nämlich die auf Gewinn berechneten Vereine –, ein entsprechendes Gesetz vorlegen[39]. Unter diesen Umständen davon zu sprechen, daß der Gesetzgeber die konkreten Bestimmungen dieses Gesetz «als Inhalt der Vereinsfreiheit ansah»[40], scheint mir nicht zutreffend zu sein, auch wenn das Herrenhaus in seinen Sitzungen am 18. und 19. Oktober den Gesetzentwurf ohne Debatte und einstimmig

[35] *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, II/IV, 24. Sitzung am 23. Juli 1867, S. 540 (Abg. Seyffertitz).

[36] *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, S. 538 (Abg. Dinstl).

[37] *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, 25. Sitzung am 24. Juli 1867, S. 562 (Abg. Rechbauer), S. 568 (Abg. Figuly).

[38] *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, S. 559 (Abg. Zyblikiewicz).

[39] *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, 26. Sitzung am 15. Juli 1867, S. 587 (Abg. van der Straß).

[40] Siehe oben, Anm. 5.

annahm[41], so daß die Kaiserliche Sanktion am 15. November 1867 erfolgen und das Gesetz per 8. Jänner 1868 in Kraft treten konnte[42].

Schließlich muß noch das dritte Element erwähnt werden, der Verfassungsausschuß, dem ja, wie erwähnt, auch verschiedene Abgeordnete angehörten, die bereits in den bisherigen Arbeiten zum Vereinsgesetz hervorgetreten waren. Ende Juni bildete sich ein Subkomitee, dem seitens der Parlamentarier die Aufgabe zugewiesen wurde, nicht nur die Regierungsvorlagen vorzuberaten, sondern «die Revision der Verfassung überhaupt» in Angriff zu nehmen, das heißt sich auch mit jenen Materien zu befassen, die im Oktoberdiplom und im Februarpatent mit all seinen Beilagen nicht geregelt waren, was letztlich auf eine Totaländerung der Reichsverfassung durch das Parlament hinauslief. Wieder war es ein externer Anlaß, der den diesmal entscheidenden Schub in Richtung Konstitutionalisierung bewirkte. Die Zustimmung der Regierung zum Wechsel von einer «systemkonformen Verfassungsadaption in eine systemändernde Totalrevision der Verfassung»[43] war der Preis, den die Regierung für die Zustimmung des Reichsrates zum Ausgleich mit Ungarn zu zahlen bereit war[44].

Am 23. Juli, an jenem Tag, an dem im Plenum die Generaldebatte und die zweite Lesung des Vereinsgesetzes abliefen, legte Rudolf Brestel dem Verfassungsausschuß die von Eduard Sturm erarbeiteten «Grundzüge, nach denen das Subcomité des Verfassungsausschusses bei Revision der Verfassung vorzugehen hätte», vor[45]. In den «Grundzügen» wurde festgehalten, daß keine neue, umfassende Verfassungsurkunde entworfen werden sollte, sondern daß das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom Jahr 1861 «revidiert respektive ergänzt» werden sollte und daß als

[41] *Stenographische Protokolle über die Sitzungen des Herrenhauses des österreichischen Reichsrates* (künftig: *Sten. Prot. Herrenhaus*), IV. Session, 11. Sitzung am 18. Oktober 1867, S. 154-159, 12. Sitzung am 19. Oktober, S. 166.

[42] H.P. HYE, *Vereinsrecht*, S. 197.

[43] W. BRAUNEDER, *Verfassungsentwicklung*, S. 174.

[44] Zum Sinneswandel innerhalb der parteipolitisch herrschenden Elite siehe É. SOMOGYI, *Vom Zentralismus zum Dualismus. Der Weg der deutschösterreichischen Liberalen zum Ausgleich von 1867* (Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz. Abteilung Universalgeschichte, Beiheft 13), Wiesbaden 1983.

[45] B. HAIDER, *Verfassungsausschuß*, S. 105; G. STOURZH, *Die österreichische Dezemberverfassung von 1867*, in DERS., *Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates* (Studien zu Politik und Verwaltung, 29), Wien - Köln 1989, S. 239-258.

Ergänzung dazu Spezialgesetze zu erlassen wären, «welche Spezialgesetze dann als Grundgesetze und hiermit als Teile der Verfassung zu erklären wären». Mit dieser Vorgangsweise sollte der Eindruck einer Totalrevision nach Möglichkeit verwischt werden. Eines dieser neuen Gesetze sollte das über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger sein. Ganz generell wurde empfohlen, sich bei diesen Gesetzen nach Tunlichkeit an die entsprechenden Bestimmungen der Märzverfassung 1849 zu halten[46]. Dieses Programm wurde vom Verfassungsausschuß akzeptiert und während der Sommerpause erarbeiteten einzelne Referenten Entwürfe zu den in Aussicht genommenen «Spezialgesetzen», den späteren Staatsgrundgesetzen. Für das Grundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger fiel diese Aufgabe Eduard Sturm zu, der sich dabei auf eine Reihe von Vorbildern stützen konnte[47].

Der Entwurf Sturms, den dieser am 21. September im Verfassungsausschuß vorlegte, enthielt bereits jene Formulierung, die unverändert auch im Art. 12 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger enthalten ist, und die in ihrem Wesen bereits auf 1848 zurückgeht: «Die österreichischen Staatsbürger haben das Recht, sich zu versammeln und Vereine zu bilden. Die Ausübung dieser Rechte wird durch besondere Gesetze geregelt»[48]. Dieser Passus fand weder im Verfassungsausschuß, noch während der Debatten im Plenum am 8., 9. und 16. Oktober besondere Erwähnung[49]. Auch das Herrenhaus, das an nicht weniger als neun Artikeln des Gesetzentwurfs etwas auszusetzen hatte, nahm am 28. November den Art. 12 über das Vereinsrecht ohne Debatte an[50]. Auf Grund des Einspruchs des Herrenhauses – der Prozeß der Gesetzwerdung in Cisleithanien sah übereinstimmende Beschlüsse beider Häuser des Reichsrates vor, erst dann erfolgte auf Antrag der Regierung die kaiserliche Sanktion – mußten sich der Verfassungsausschuß und das Plenum des Abgeordnetenhauses im Dezember nochmals mit diesem Staatsgrundgesetz befassen. Der Art. 12 kam dabei wieder nicht zur Sprache. Gemeinsam mit den anderen Staatsgrundgesetzen wurde auch das über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, *RGBl.* Nr. 142,

46 B. HAIDER, *Verfassungsausschuß*, S. 105 f., S. 192.

47 W. BRAUNEDER, *Grundrechte*, S. 277 f., S. 281 ff.

48 B. HAIDER, *Verfassungsausschuß*, S. 213.

49 *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, II/IV, 32. Sitzung am 8. Oktober 1867, S. 778-796; 33. Sitzung am 9. Oktober 1867, S. 799-817; 38. Sitzung am 16. Oktober 1867, S. 985.

50 *Sten. Prot. Herrenhaus*, IV, 17. Sitzung am 28. November 1867, S. 268-288.

am 21. Dezember 1867 vom Kaiser sanktioniert und trat am Tag darauf in Kraft[51].

Es ist immer wieder darauf hingewiesen worden, daß ein Großteil der im Staatsgrundgesetz enthaltenen Grundrechtsbestimmungen der näheren Durchführung durch den Gesetzgeber bedurften. In zwei Fällen, beim Art. 8 betreffend die Freiheit der Person, und beim Art. 9, betreffend das Hausrecht, ist expressis verbis auf schon früher verabschiedete Gesetze verwiesen worden, nämlich auf die des Jahres 1862, die 1867 «als Bestandteil dieses Staatsgrundgesetzes erklärt» wurden. Die Frage ist nun, warum das im Falle des Vereinsgesetzes nicht in ähnlicher Weise erfolgte. Die – hier mit Absicht detailliert ausgebreitete – Chronologie macht deutlich, daß eine ausdrückliche Erwähnung des Vereinsgesetzes als Durchführungsgesetz ohne weiteres möglich gewesen wäre. Als das Abgeordnetenhaus am 9. Oktober die zweite Lesung des Staatsgrundgesetzes absolvierte, hatte das Vereinsgesetz zwar das Herrenhaus noch nicht passiert, doch war bereits klar, daß von dort an dem vom Abgeordnetenhaus noch vor der Sommerpause verabschiedeten Text keine Änderungen vorgenommen werden würden. Als das Herrenhaus am 28. November seine zweite Lesung des Staatsgrundgesetzes absolvierte und einzelne Artikel neu stilisierte und inhaltlich abänderte, hätte es ohne Schwierigkeit an passender Stelle einen Hinweis auf das 2 Wochen vorher sanktionierte Vereinsgesetz anbringen können, und das Abgeordnetenhaus, das sich im Dezember nochmals mit der Materie zu befassen hatte, hätte das ebenfalls tun können, tat es jedoch ebensowenig wie das Herrenhaus. Die Tatsache, daß ein derartiger Hinweis nicht erfolgte, läßt unter Berücksichtigung der Debatten, wie sie rund um das Vereinsgesetz geführt wurden, nur den Schluß zu, daß die Parlamentarier einen solchen Hinweis mit voller Absicht vermieden, weil sie das neue Gesetz eben nicht für das zur allgemeinen Vereinsfreiheit passende Ausführungsgesetz hielten, einerseits weil es nicht umfassend genug war, andererseits, weil es in inhaltlicher Hinsicht den Anforderungen an ein solches Gesetz nicht entsprach. Als einige Jahre später eine Revision des Vereinsgesetzes erwogen wurde, erinnerte der Antragsteller daran, daß 1867 «dem hohen Hause selbst nicht gut zu Muthe gewesen ist, die Abgeordneten haben selbst das vorhergesehen, was da eintreten werde, sie haben selbst die Befürchtung gehabt, daß das Gesetz den berechtigten Erwartungen des Volkes nicht entsprechen werde»[52].

51 W. BRAUNEDER, *Grundrechte*, S. 278; E. BERNATZIK (ed), *Verfassungsgesetze*, S. 422-427.

52 *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, V/VIII, 66. Sitzung am 24. Oktober 1874, S. 2493 (Abg. Kronawetter).

Daß Art. 12 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger erst durch ein zukünftiges Gesetz ausgeführt gehörte (wie es in vielen analogen Fällen ja geschah), war nicht nur die Meinung der Politiker, sondern auch die vieler Juristen. 1868 setzte die Wiener Juristische Gesellschaft eine Kommission ein, die prüfen sollte, «welche Grundrechte unmittelbar und sofort ins Leben getreten seien» und welche nicht. Bei elf Artikeln, darunter auch bei dem über das Vereinsrecht, war man sich einig, daß sie nur als «Grundsätze» oder «Prinzip» für Gesetzgebung und Verwaltung galten und weiterer Regelungen bedurften[53]. Viele Jahre später wiederholte Wenzel Lustkandl diese Position: «Im Grunde ist es auch mit denjenigen allgemeinen grundsätzlichen Bestimmungen der Staatsgrundgesetze so, welche zu ihrer wirklichen praktischen Ausgestaltung noch weiterer Reichs- oder Landesgesetze bedürfen und die, solange diese ausgestaltenden Gesetze nicht erlassen sind, nicht vollständig in Anwendung kommen können. Solche grundgesetzliche Bestimmungen gelten aber doch als bereits getroffene und verpflichtende Anordnungen für die Gesetzgebungskörperschaften selbst, welche durch sie bereits verfassungsrechtlich gebunden sind, wenn auch die volle Wirkung des Grundsatzes sich auf die einzelnen Bürger noch nicht ganz erstrecken kann»[54]. 1909 formulierte Friedrich Tezner in Bezug auf den Art. 12 und die darin ausgesprochene Anerkennung, sich zu versammeln und Vereine zu bilden: «Praktische Bedeutung käme dieser Anerkennung nur bei, wenn ein in diesem Artikel vorgesehenes, die Vereinsfreiheit rein zum Ausdruck bringendes Gesetz zum Bestandteil der Verfassung erhoben würde»[55]. Das Vereinsgesetz von 1867 brachte weder die Vereinsfreiheit rein zum Ausdruck – war also kein Durchführungsgesetz im strengen Sinn des Wortes – noch war es Bestandteil der Verfassung – wie es etwa das Gesetz von 1862 zum Schutz des Hausrechts war.

Nichtsdestotrotz gab es Bemühungen, ein Gesetz zu schaffen, das den geforderten Kriterien tatsächlich entsprochen hätte. 1874 stellte der Abgeordnete Kronawetter den ersten Antrag auf Novellierung des Gesetzes von 1867 über das Vereinsrecht, das «gegenwärtig das einzige politische Recht [ist], welches der großen Masse unserer Mitbürger zukommt», weshalb

[53] W. BRAUNEDER, *Grundrechte*, S. 288 f.

[54] E. MISCHLER - J. ULBRICH (edd), *Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten österreichischen öffentlichen Rechtes*, 4 Bde., Wien 1905-1909², Bd. 2, S. 392-460 (W. LUSTKANDL, Art. *Gesetz*), hier S. 401. Der Artikel ist bereits in der ersten Auflage 1896 enthalten.

[55] *Ibidem*, Bd. 4, S. 712-722 (F. TEZNER, Art. *Vereinsrecht*), hier S. 714.

es besonders wichtig wäre, daß die Bevölkerung «in der Ausübung desjenigen Rechtes geschützt werde, welches ihr unsere Staatsgrundgesetze bis jetzt als einziges einräumt»[56]. Der Antrag wurde in erster Lesung im Parlament debattiert, einem Spezialausschuß zugewiesen, als deren Obmann übrigens jener Abgeordnete van der Straß fungierte, der schon 1867 dem parlamentarischen «Vereinsausschuß» angehört hatte, doch dann «versickerte» der Antrag im Ausschuß. Ende der achtziger, Anfang der neunziger Jahre kam es erneut zu parlamentarischen Initiativen, ab 1897 verging kaum ein Jahr, in dem nicht ein Antrag auf Abänderung des Vereinsgesetzes gestellt worden wäre. Bis zum Sommer 1909 zählte man insgesamt 22 solcher Anträge, die allerdings über die Zuweisung zum Verfassungsausschuß nicht hinauskamen. Meist ging es um die Beseitigung besonders diskriminierender Bestimmungen im Zusammenhang mit den politischen Vereinen, wie den Ausschluß von Frauen, Jugendlichen und Ausländern von solchen Vereinen, das Verbot, Zweigvereine zu gründen und mit anderen Vereinen in Verbindung zu treten, oder überhaupt um die Bestimmung dessen, was im Rahmen dieses Gesetzes als «politisch» galt[57].

Wohl im Zusammenhang mit der Einführung des allgemeinen und gleichen Männerwahlrechts bekamen die Reformbestrebungen eine neue Dynamik. 1909 und 1910 schien es, als ob sich die Parteien im Parlament auf einen gemeinsamen Vorstoß einigen und substantielle Reformen auch tatsächlich verabschieden würden. Unter diesen Umständen wurde auch die Regierung aktiv, die die Notwendigkeit von Änderungen keineswegs bestritt, und die ihrerseits mit einem neuen Gesetzentwurf an die Öffentlichkeit trat, nachdem vorher interne Differenzen zwischen einzelnen Ministerien ausgeräumt werden konnten. In der Begründung ihres Entwurfs gestand die Regierung zu, dass das Vereinsgesetz von 1867 «nicht mehr dem Leben entspricht», intern führte sie aber zwei weitere Gründe für ihr Aktivwerden an: die als notwendig angesehenen Änderungen sollten nicht als Erfolg einer oder mehrerer Parteien, sondern als «Geschenk der Regierung» erscheinen und außerdem sollten die Zugeständnisse durch Maßnahmen kompensiert werden, die in bestimmten Bereichen eine stärkere Kontrolle ermöglichen sollten[58].

[56] *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, V/VIII, 66. Sitzung am 24. Oktober 1874, S. 2483 f. (Abg. Kronawetter).

[57] Vgl. die Zusammenstellung der parlamentarischen Anträge auf Abänderung des Vereinsgesetzes in *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, XI/XX, S. 1179 der Beilagen (1911).

[58] Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv, Ministerium des Innern (künftig AVA, MdI), Präs. 15, Karton 1613 (*in genere* 1910-1911), Entwurf des Vortrags

Anfang März 1911 brachte der Innenminister seinen Gesetzentwurf über «die Ausübung des Vereinsrechtes» im Abgeordnetenhaus ein. Die Diskussion über den ministeriellen Entwurf gestaltete sich äußerst langwierig und zäh; infolge tiefgreifender Meinungsunterschiede zwischen den Vertretern des Regierung, dem Abgeordnetenhaus und dem Herrenhaus, das den Gesetzentwurf mit zahlreichen Modifikationen wieder an das Abgeordnetenhaus zurückverwies, kam es bis zur Vertagung des Parlaments am 16. März 1914 zu keiner akkordierten Beschlußfassung[59]. Übrigens fällt von diesen Diskussionen auch ein bezeichnendes Schlaglicht auf die politische Praxis, wie Gesetzesbeschlüsse zustande kamen bzw. verhindert werden konnten: Als im Laufe des Gesetzgebungsprozesses das Abgeordnetenhaus einen Beschluß faßte, mit dem sich die Regierung absolut nicht identifizieren zu können glaubte, wurde allen Ernstes überlegt, «dafür Sorge zu tragen, daß das Herrenhaus das Gesetz zurückweist»[60]. Man kam von diesem Gedanken schließlich wieder ab, doch verlangte das Herrenhaus von sich aus eine Reihe von Abänderungen. Dem Dilemma, ein von beiden Häusern des Parlaments beschlossenes, aber «unliebsames» Gesetz dem Herrscher zur Sanktion vorzulegen oder aber das Odium des Sanktionsverweigerung auf sich nehmen zu müssen, wurde die Regierung, wie erwähnt, durch die Nichteinigung der beiden Häuser und die Vertagung des Parlaments am 16. März 1914 enthoben.

Ministerpräsident Stürgkh regte jedoch schon am 28. März an, bestimmte Materien durch eine Kaiserliche Verordnung mit provisorischer Gesetzeskraft nach § 14 des Gesetzes vom 21. Dezember 1867, *RGBl.* Nr. 141, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, den sogenannten Notverordnungsparagraphen, zu regeln[61]. Er war der Meinung, «daß die provisorische Gesetzgebung nicht einseitig auf die Befriedigung unmittelbarer Staatsbedürfnisse beschränkt, sondern auch für solche besonders dringliche und wichtige Aktionen nutzbar gemacht werden solle, welche die Bevölkerung speziell als in

an den Kaiser, 25. Februar 1911, Zl. 1596/MI/1911; *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, XI/XX, S. 1179 der Beilagen (1911), Regierungsvorlage zum Gesetzentwurf über die Ausübung des Vereinsrechtes, 7. März 1911.

59 P. URBANITSCH, *Staatsmacht, Vereine und Parteien*, S. 299 ff.

60 AVA, MdI, Präs. 15, Karton 1614 (*in genere* 1912-1913), Einsichtsakt des Ministeriums des Innern, 30. Dezember 1912, Zl. 13536/MI/1912.

61 G.D. HASIBA, *Das Notverordnungsrecht in Österreich (1848-1917). Notwendigkeit und Mißbrauch eines «Staatserhaltenden Instrumentes»* (Studien zur Geschichte der österreichisch-ungarischen Monarchie, 22), Wien 1985, insbesondere S. 150 ff.

ihrem eigenen Interesse gelegen ansieht». Außerdem neige «nach den im Lauf der Jahre gemachten Erfahrungen die Bevölkerung immer mehr der Ansicht zu, den verläßlichen Anwalt ihrer Bedürfnisse vorwiegend in der Regierung zu sehen und von ihr jene Fürsorge zu erwarten, an der sich der Reichsrat durch parteitaktische Momente vielfach behindern lasse»[62]. Stürgkh, der offenbar gewillt war, für längere Zeit ohne Parlament auszukommen, beauftragte deshalb die Minister, in ihren Ressorts Umschau zu halten, welche parlamentarisch noch nicht erledigten Vorlagen diesen Anforderungen entsprächen, «zugleich aber ihrer Natur nach geeignet und hinlänglich ausgereift seien, um im Wege des § 14 verwirklicht zu werden»[63]. Schon am 3. April nannte Innenminister Heinold vier Vorlagen, darunter auch das Vereinsgesetz[64].

Der Auftrag des Ministerpräsidenten hatte zur Folge, daß man sich im Schoß des Innenministeriums erneut intensiv mit dem Gesetzentwurf für ein neues Vereinsgesetz und dessen bisherigem Schicksal beschäftigte. In meritorischer Hinsicht sollte ein Kompromiß zwischen den Fassungen des Abgeordneten- und des Herrenhauses gefunden werden, wobei alle Bestimmungen zu vermeiden wären, «von denen die Regierung auf Grund der parlamentarischen Beratungen annehmen müßte, daß sie die ganze Vorlage dem einen oder dem anderen Haus als unannehmbar erscheinen ließen»[65].

Für die vorliegende Thematik von weit größerem Interesse als die Pro und Contra zum Inhalt des Gesetzentwurfs sind allerdings die verfassungsrechtlichen Überlegungen, die der Referent – es scheint sich um Johannes Eichhoff gehandelt zu haben, der u.a. bei der Entstehung des Oktobermanifests 1918 eine bedeutende Rolle spielte – im Zusammenhang mit der Frage anstellte, ob die Erlassung einer Kaiserlichen Verordnung betreffend die Ausübung des Vereinsrechtes auf Grund des § 14 verfassungsrechtlich gedeckt gewesen wäre, eine Frage, die intern ausführlich untersucht wurde. Eine solche Verordnung mit provisorischer Gesetzeskraft konnte nur dann erlassen werden, wenn durch sie 1. keine Abänderung

62 AVA, MdI, Ministerratsprotokolle, Karton 27 (1914), Ministerratsprotokoll Nr. 14, 28. März 1914, K.Z. 21, f. 246 f.

63 AVA, MdI, Ministerratsprotokolle, Karton 27 (1914), Ministerratsprotokoll Nr. 14, 28. März 1914, K.Z. 21, f. 247; G.D. Hasiba, *Notverordnungsrecht*, S. 150.

64 AVA, MdI, Ministerratsprotokolle, Karton 27 (1914), Ministerratsprotokoll Nr. 16, 3. April 1914, K.Z. 24, f. 294.

65 AVA, MdI, Präs. 15, Karton 1615 (*in genere* 1914-1916), Erinnerung des Ministeriums des Innern, 22. April 1914, Zl. 4111/MI/1914.

der Staatsgrundgesetze; 2.keine dauernde Belastung des Staatsschatzes; 3. keine Veräußerung von Staatsgut bewirkt wird und 4. sich die dringende Notwendigkeit der Maßnahme zu einer Zeit herausstellt, in der der Reichsrat nicht versammelt ist[66].

Da die Punkte 2 und 3 im gegenständlichen Fall nicht relevant waren, konzentrierten sich die Untersuchungen auf die Punkte 1 (Abänderung der Staatsgrundgesetze) und 4 (dringende Notwendigkeit). Durch die Verordnung sollte das Gesetz über das Vereinsrecht vom 15. November 1867, *RGBl.* Nr. 134, geändert werden; also war zu prüfen, ob das Vereinsgesetz ein Staatsgrundgesetz war oder nicht. Unter Heranziehung der staatsrechtlich relevanten Literatur, der Judikatur des Reichsgerichts und der politischen Praxis unterschied der Referent zunächst zwischen Verfassungsgesetzen, Staatsgrundgesetzen und qualifizierten Gesetzen. Ausgehend vom Art. VI des Februarpatents, in dem «der ganze Inbegriff» von teils «vorausgängigen Grundgesetzen» (gemeint sind die Pragmatische Sanktion und das Oktoberdiplom), teils «die wieder ins Leben gerufenen», teils die «mittels der neuen Grundgesetze geschaffenen Verfassungen» als «Verfassung Unseres Reiches» erklärt wurden, wodurch «das Fundament der staatsrechtlichen Verhältnisse Unseres Reiches festgestellt, ... die Vertretung Unserer Völker gegliedert [und] ihre Teilnahme an der Gesetzgebung und Verwaltung geordnet» ist[67], verstand er als «Verfassungsgesetze» «alle 'als Verfassung des Reiches' im Februarpatent erklärten Gesetze» sowie «die sie ergänzenden, ändernden oder ausdrücklich als ihren Bestandteil erklärten Gesetze». «Staatsgrundgesetze» waren hingegen «alle Gesetze, die in der gesetzlichen Terminologie 'Staatsgrundgesetze' benannt werden, ausdrücklich als zur Ergänzung, Änderung eines Staatsgrundgesetzes erlassen oder als Bestandteil eines Staatsgrundgesetzes bezeichnet sind»[68]. Alle Staatsgrundgesetze waren daher Verfassungsgesetze, nicht alle seit dem Februarpatent erlassenen Verfassungsgesetze waren jedoch Staatsgrundgesetze. Das Kriterium eines Verfassungsgesetzes war nach Meinung des Referenten also ein materielles, das eines Staatsgrundgesetzes ein formelles. Dieser Unterscheidung kam seiner Meinung nach insofern auch eine sachliche Bedeutung zu, als Verfas-

[66] E. BERNATZIK (ed), *Verfassungsgesetze*, S. 399; siehe auch G.D. HASIBA, *Notverordnungsrecht*, S. 42 ff., S. 91-96.

[67] E. BERNATZIK (ed), *Verfassungsgesetze*, S. 258.

[68] AVA, MdI, Präs. 15, Karton 1615 (*in genere* 1914-1916), Erinnerung des Ministeriums des Innern, 22. April 1914, Zl. 4111/MI/1914, f. 5.

sungsgesetze, die keine Staatsgrundgesetze waren, sehr wohl durch eine § 14-Verordnung abgeändert werden konnten[69] – eine Meinung, die in der Literatur nicht unumstritten ist. Es folgte eine genaue Gegenüberstellung von Verfassungsgesetzen und Staatsgrundgesetzen. Als Beispiel für Verfassungsgesetze, die keine Staatsgrundgesetze waren, führte der Referent das Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit vom 25. Juli 1867, *RGBl.* Nr. 101, oder das Gesetz betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses vom 26. Jänner 1907, *RGBl.* Nr. 17, also die Reichsratswahlordnung, an, wohingegen das Gesetz vom selben Tag, *RGBl.* Nr. 15, das das allgemeine und gleiche Männerwahlrecht einführte, sehr wohl ein Staatsgrundgesetz war, weil dadurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung und spätere Novellierungen abgeändert wurden[70]. Als «qualifizierte Gesetze» bezeichnete der Referent jene, «deren Rechtsbeständigkeit dadurch gesichert [wird], daß für die Zustimmung der Parlamente zu ihrer Änderung strengere Formen einzuhalten sind, d.h. daß die Zustimmung einer besonders qualifizierten Mehrheit bedarf». Das traf auf alle Verfassungsgesetze und Staatsgrundgesetze zu (sofern diese nicht als unabänderlich bezeichnet waren), aber auch auf eine Reihe anderer Gesetze, wie z.B. die «nationalen Schutzgesetze» in einigen Kronländern[71]. Das Vereinsgesetz hingegen stand nicht unter dem Schutz einer qualifizierten Mehrheit, es war auch weder ein Verfassungsgesetz noch ein Staatsgrundgesetz[72]. Speziell zu diesem Punkt führte der Referent weiter aus: «Diese letztere Eigenschaft [nämlich ein Staatsgrundgesetz zu sein] kann ihm insbesondere auch durch seine Berufung in Art. 12 des Staatsgrundgesetzes [über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, *RGBl.* Nr. 142] nicht verliehen werden. Die reichsgerichtliche Kompetenz zur Entscheidung über die Verletzung von Vereinsrechten gründet sich auf

[69] AVA, MdI, Präs. 15, Karton 1615 (*in genere* 1914-1916), Erinnerung des Ministeriums des Innern, 22. April 1914, Zl. 4111/MI/1914, f. 6 f.

[70] AVA, MdI, Präs. 15, Karton 1615 (*in genere* 1914-1916), Erinnerung des Ministeriums des Innern, 22. April 1914, Zl. 4111/MI/1914, f. 7.

[71] AVA, MdI, Präs. 15, Karton 1615 (*in genere* 1914-1916), Erinnerung des Ministeriums des Innern, 22. April 1914, Zl. 4111/MI/1914.

[72] Darauf wies schon Lustkandl hin: «Jedermann wird ein Gesetz ... über Brief- und Schriftgeheimnis, über das Vereins- und Versammlungsrecht ... ebenso für ein Verfassungsrecht halten wie die Bestimmungen über die Einführung eines Staatsgrundgesetzes, über den Schutz der persönlichen Freiheit, über das Hausrecht usw. – sie sind aber im österreichischen Recht, insofern sie nur Ausführungsgesetze sind, nicht als Staatsgrundgesetze erklärt, sondern nur einfache Gesetze» und sind daher mit einfacher Mehrheit zu beschließen und abzuändern. E. MISCHLER - J. ULBRICH (edd), *Österreichisches Staatswörterbuch*, Bd. 2, S. 440.

die Gewährleistung dieser Rechte im ersten Satz des Art. 12, nicht aber auf den verfassungsrechtlichen Charakter des Vereinsgesetzes selbst ... Die Berufung des Vereinsgesetzes im Staatsgrundgesetz und die Notwendigkeit seiner Erlassung zu dessen Durchführung bewirkt nach § 11, lit. m des Grundgesetzes über die Reichsvertretung die reichsgesetzliche Kompetenz zur Regelung dieser Materie, keineswegs aber einen besonderen Charakter des betreffenden Gesetzes»[73]. Das Vereinsgesetz konnte höchstens als eines der «zahlreichen anderen zur Durchführung der Staatsgrundgesetze notwendigen» Gesetze gelten, weshalb einer Änderung dieses Gesetzes durch eine § 14-Verordnung nach Meinung des Referenten im Ministerium zumindest aus diesem Grunde nichts im Wege stand.

Blieb noch die Frage nach der «dringenden Notwendigkeit». Obwohl diese Frage unser Thema nicht direkt berührt, sei kurz darauf eingegangen, weil die Argumentation des Ministeriums in allgemeinpolitischer Hinsicht von Interesse ist. Der Referent schrieb: «Die Beurteilung dieser Frage fällt nicht in den Bereich des formellen Rechts, sondern vielmehr in den der politischen Bewertung. Jedenfalls dürfte hierbei der Bedachtnahme auf die Entwicklung unseres Verfassungslebens überhaupt ausschlaggebende Bedeutung einzuräumen sein. Das Versagen der verfassungsmäßigen Einrichtungen in zunehmendem Umfange begründet schon an sich die dringende Notwendigkeit für den Fortgang der Gesetzgebung und für die legislativen Aufgaben überhaupt, die während der Tagung der Vertretungskörper unerledigt bleiben, zu jener Zeit Vorsorge zu treffen, zu der die Vertretungskörper nicht versammelt sind ... Die Notwendigkeit nach Fortentwicklung des Staatswesens, nach weiterer Entfaltung der legislativen Tätigkeit an sich, zwingt die verantwortliche Staatsgewalt, alle Handhaben zur Vorsorge für legislative Erfordernisse in um so größerem Umfange zu benützen, als die Prärogative der Gesetzgebung von den Parlamenten selbst preisgegeben werden»[74]. Abschließend empfahl der Referent, das Vereinsgesetz im Wege einer Kaiserlichen Verordnung nach § 14 zu erlassen.

In einer der folgenden Ministerratssitzung, am 25. April, ist dieses Thema tatsächlich zur Sprache gebracht worden. Dabei ist man übereingekommen, von einer Erlassung abzusehen, «insbesondere weil» – wie es in einem vom Innenminister selbst dem eben zitierten Akt hinzugefügten

[73] AVA, MdI, Präs. 15, Karton 1615 (*in genere* 1914-1916), Erinnerung des Ministeriums des Innern, 22. April 1914, Zl. 4111/MI/1914, f. 7 f.

[74] AVA, MdI, Präs. 15, Karton 1615 (*in genere* 1914-1916), Erinnerung des Ministeriums des Innern, 22. April 1914, Zl. 4111/MI/1914, f. 10.

Nachsatz heißt – «die dringende Notwendigkeit nicht begründet werden konnte»[75].

Das Vereinsgesetz von 1867 war also kein Verfassungs- oder Staatsgrundgesetz, es war von den Gesetzgebern auch nicht als Durchführungsgesetz eines solchen gedacht; dennoch: Absichtserklärungen sind eines, die politische und juristische Wirklichkeit sind ein anderes. Selten tritt der Unterschied zwischen Theorie und Praxis so augenfällig zutage. Schon 1874 sagte der Abgeordnete Kronawetter anläßlich der Begründung seines bereits erwähnten Antrags auf Revision des Vereinsgesetzes: «7 Jahre ist es her, seit eines der wichtigsten Gesetze in Rechtskraft getreten ist, eines von jenen Gesetzen, die zu unseren Staatsgrundgesetzen zählen, nämlich das Gesetz über das Vereins- und Versammlungsrecht»[76]. Offensichtlich verwechselte der Abgeordnete den Grundrechtsartikel 12 mit dem Vereinsgesetz, um seinem Anliegen nach Reform dieses letzteren Gesetzes besonderen Nachdruck zu verleihen. Tatsache ist, daß er damit nicht der einzige blieb. Als sich der Reichsrat ab 1909 wieder intensiver mit der Materie zu beschäftigen begann und unter anderem die Abschaffung der Sonderregelungen für «politische» Vereine forderte[77], gab es zwar eine Unmenge von Vorschlägen zur Reform von Einzelbestimmungen, prinzipiell wurde das bestehende Gesetz als ein mit dem Grundrecht auf Vereinsfreiheit nicht kompatibles aber dennoch nicht in Frage gestellt. Zu lange hatte man unter dem «Regime» dieses Gesetzes gelebt, zu sehr sich mit den die Freiheit beschränkenden Bestimmungen tagtäglich auseinandergesetzt, zu häufig auch die Schlupflöcher ausgenützt, die eine intelligente Interpretation des Gesetzes bot. Das Vereinsgesetz von 1867 war den damit Befaßten und von ihm Betroffenen gewissermaßen in Fleisch und

[75] AVA, MdI, Präs. 15, Karton 1615 (*in genere* 1914-1916), Erinnerung des Ministeriums des Innern, 22. April 1914, Zl. 4111/MI/1914, f. 11. Im Ministerratsprotokoll vom 25. April findet sich kein Hinweis auf diese Thematik, was jedoch insofern nichts Besonderes ist, als aus dem Verlauf der Diskussion generell nur jene Punkte in die Protokolle aufgenommen wurden, über die formelle Beschlüsse gefaßt worden waren.

[76] *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, V/VIII, 66. Sitzung am 24. Oktober 1874, S. 2483 (Abg. Kronawetter).

[77] Begründet wurde diese Forderung unter anderem mit der Unmöglichkeit, eine passende Definition eines «politischen» Vereines zu finden. Den von Seiten der Regierung unternommenen Versuchen wurde vom Abg. Ofner entgegengehalten, daß es sich bei der Interpretation der Regierung um einen Versuch handle, «nach welchem ein nichtpolitischer Verein nur derjenige wäre, der sich mit Musik, mit Märchenlesen oder mit Strümpfestopfen abgeben würde»; *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, XII/XXI, 132, Sitzung am 28. Dezember 1912, S. 6681 (Abg. Ofner).

Blut übergegangen und selbst die der Regierung nicht wohlgesonnenen Kritiker anerkannten die große Bedeutung dieses Gesetzes für den Prozeß der politischen Emanzipation. «Alles was wir sind und was wir erreicht hahen, haben wir auf dem Boden des Vereinslebens erlangt», gestand der slowenische Abgeordnete Korošec im Laufe der großen Debatte des Jahres 1911 über den Entwurf eines neues Vereinsgesetzes[78].

Auch unter den Rechtsgelehrten gab es wenige, die, wie der oben zitierte Friedrich Tezner, das konkrete Gesetz nicht als Durchführungsgesetz, als Erfüllung der im Art. 12 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger gegebenen Verheißung, betrachteten. Sogar das Reichsgericht – das unter anderem berufen war, über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte zu entscheiden, nachdem die Angelegenheit im gesetzlich vorgeschriebenen administrativen Weg ausgetragen worden war[79] – hat von Anbeginn an in seinen zahlreichen Erkenntnissen betreffend die behauptete Verletzung des in Art. 12 gewährleisteten politischen Rechtes, Vereine zu bilden (das erste Erkenntnis stammt aus dem Jahr 1871)[80], stets auf das Vereinsgesetz vom Jahr 1867, in Einzelfällen sogar auf das Vereinspatent von 1852[81] Bezug genommen. Wen sollte es wundern, daß auch das Ministerium des Innern – von seiner Warte aus durchaus verständlich – diesen Vorbildern folgte und das bestehende Vereinsgesetz, das der Behörde allerhand Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten bot, «als Inhalt der Vereinsfreiheit ansah»? Die «normative Kraft des Faktischen» war wieder einmal stärker.

[78] *Sten. Prot. Abgeordnetenhaus*, XI/XX, 92. Sitzung am 8. März 1911, S. 5351 (Abg. Korošec). F.J. BISTER, *«Majestät, es ist zu spät ...» Anton Korošec und die slowenische Politik im Wiener Reichsrat bis 1918*, Wien - Köln - Weimar 1995, S. 112 f.

[79] F. LEHNE, *Rechtsschutz im öffentlichen Recht: Staatsgerichtshof, Reichsgericht, Verwaltungsgerichtshof*, in A. WANDRUSZKA - P. URBANITSCH (edd), *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, Bd. 2: *Verwaltung und Rechtswesen*, Wien 1975, S. 663-715, insbesondere S. 676-688; E. MELICHAR, *Die Freiheitsrechte der Dezember-Verfassung 1867 und ihre Entwicklung in der reichsgerichtlichen Judikatur*, in «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», NF, 16, 1966, S. 257 ff.

[80] R.F. KNEUCKER, *Die Vereins- und Versammlungsfreiheit in der Judikatur des Reichsgerichtes*, in «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», NF, 16, 1966, S. 392 ff. Die umfängliche, aus den Quellen gearbeitete Darstellung von H.P. HYE, *Zur Spruchpraxis des Reichsgerichtes bezüglich des durch die Verfassung gewährleisteten Rechtes, Vereine zu bilden*, ist leider bis heute unveröffentlicht geblieben.

[81] Vgl. z.B. A. HYE Freiherr VON GLUNECK - K. HUGELMANN (edd), *Sammlung der nach gepflogener öffentlicher Verhandlung geschöpften Erkenntnisse des k.k. österreichischen Reichsgerichtes*, Wien 1874 ff., Nr. 49.

Constitution et Parlement sous la Troisième République

par *Odile Rudelle*

1. *Précautions contre l'anachronisme*

Traiter des rapports entre la Constitution et le Parlement sous la Troisième République, nécessite le rappel préalable de quelques précisions historiques, afin d'éviter de tomber dans le piège de l'anachronisme. Car d'emblée il faut dire qu'au regard des critères constitutionnels devenus les nôtres, la Troisième République fait figure de préhistoire, tant ses mécanismes sont frustres, tant ses conflits internes ont été violents. Rappelons simplement que de septembre 1870 à juillet 1940, et contre les procédures parlementaires ou constitutionnelles régulières, la rue a deux fois réussi à imposer ses choix révolutionnaires. Ainsi de l'interdiction de la personne de Jules Ferry à la candidature présidentielle au mois de décembre 1887 par l'extrême-gauche radicale, ou au contraire, de la démission du ministère Daladier devant l'émeute d'extrême-droite ligueuse du 6 février 1934. Ceci n'empèche pas la Troisième République, et c'est tout son paradoxe, d'avoir été si bien ancrée dans le coeur des citoyens français qu'elle a «tenu» au point de gagner la Grande Guerre de 1914-1918 sous son drapeau. Ce que n'avaient réussi ni les Empires de 1815 ou 1870, ni la monarchie de 1792. Ce qui fait que, malgré la défaite de 1940, le succès militaire de 1918 n'a jamais été oublié et qu'il a même suscité un attachement si profond qu'il a survécu à la chute du régime. Il a donc nourri un mythe, celui d'un «modèle républicain»[1] faisant figure d'âge d'or pour les «libertés publiques» comme on disait jadis, au point de sécréter une culture et d'entretenir une nostalgie dont l'écho persistant jusqu'à aujourd'hui, nourrit encore les querelles entre démocrates et républicains, entre européens et souverainistes- ces derniers se définissant par leur attachement exclusif à la souveraineté nationale, en clair par leur opposition à une fédération européenne qui serait d'ordre supranational.

[1] S. BERSTEIN - O. RUDELLE (s.d.), *Le Modèle républicain*, Paris 1992.

Pour éviter la confusion entre histoire et mémoire, la première exigence, d'ordre méthodologique, conduira à se reporter aux textes de acteurs, plutôt qu'aux commentaires de professeurs postérieurs[2], qui ont tendance à négliger le poids d'une chronologie qui, de 1870 à 1940, a couvert soixante-dix années, entièrement dominées par le poids des trois guerres franco-allemandes. Or cette atmosphère, qui confine parfois à la fièvre obsidionale, engendre des pensées plus propices à l'état d'urgence et au salut public, qu'au culte de la régularité constitutionnelle. A ce poids de la menace extérieure- qu'il s'agisse de l'espoir d'une revanche française ou de la crainte d'une revanche allemande – il faut ajouter celui des crises intérieures. Il y a les crises sociales, comme celle de la Commune de 1871 dont la terrible répression a mis «au banc de la nation» une classe ouvrière qui fera retour avec les grèves révolutionnaires de l'aube du XXème siècle[3]. Mais il y a aussi les crises religieuses puisque la Séparation des Églises et de l'État votée en 1905, est contemporaine de l'expulsion des congrégations qui a duré de 1904 à 1914. Or, et c'est un autre paradoxe, la loi de Séparation est aujourd'hui intégrée dans «les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République»[4], au point d'être maintenant regardée comme un des meilleurs succès de la Troisième République. Une République entendue comme un régime de liberté qui a réussi à gouverner la France sans autre obligation constitutionnelle que celle de la division du pouvoir législatif entre une Chambre basse, élue du suffrage universel, et une Haute Assemblée, composée d'élus de la démocratie locale et d'inamovibles appelés à progressivement disparaître après la révision constitutionnelle de 1884[5].

Ces observations factuelles nous mènent à un second type de précautions. A côté de la prudence chronologique, il faut faire sa part à la prudence sémantique, puisque l'archaïsme constitutionnel du temps va de pair avec un grand flottement du vocabulaire. Et d'autant que la Troisième République a vécu sans véritable Constitution puisqu'établie par trois lois constitutionnelles, elle a seulement été «organisée» entre janvier et juillet 1875 par une Assemblée monarchiste, élue au lendemain de la défaite impériale. Dotée d'un Parlement divisé en deux chambres égales et d'un

[2] Ainsi de livres récents plus sociologiques qu'historiques tels que P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée*, Paris 2000, ou SADOUN (Marc) (s.d.), *La démocratie en France*, 2 tomes, Paris 1999.

[3] M. REBÉRIOUX, *La République radicale?*, Paris 1975.

[4] L. FAVOREU - A. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris 1993.

[5] O. RUDELLE, *La République absolue*, Paris 1986.

président dont les actes sont soumis au contreseing, cette République donnera corps à une forme tout-à-fait inédite de gouvernement républicain: la République parlementaire. Aussi ne faut-il pas s'étonner que l'accord de ceux qui l'ont instituée n'ait pu aller au delà de cette organisation minimale. On le verra dès le lendemain de la crise de l'année 1877 qui signe l'échec électoral de l'alliance, imaginée comme fondatrice, entre le président de la République et le Sénat, au bénéfice de la victoire politique de députés réélus par le suffrage universel d'arrondissement. Ce nouveau rapport de forces débouchera donc sur un débat, qui ne sera jamais tranché, au sujet de la vraie nature du «régime parlementaire»: l'échec du Maréchal de Mac-Mahon et, avec lui, l'échec de la «République des trois pouvoirs» encore voulue par Jules Ferry en 1877, est-il l'échec d'un régime parlementaire authentique? C'est en tout cas ce qu'enseigneront Esmein et Hauriou qui, alentour 1890, représentent la première génération des professeurs de droit[6]? Ou, à l'inverse, est-il finalement salutaire qu'en France, tout comme en Grande-Bretagne, l'unité du pouvoir ait été ramenée au sein du Parlement? Voilà la question qu'après la guerre, se poseront des hommes comme Joseph Barthélémy, après avoir lu Léon Blum[7] ou René Capitant, après avoir lu Mirkine-Guétzévitch et Carré de Malberg ainsi que Michel Debré, le futur rédacteur de la Constitution de 1958[8]?

Ce *satisfecit* donné à l'évolution du régime parlementaire français ne doit cependant pas faire illusion. Car devant l'évidence de l'instabilité ministérielle et de l'immobilisme qui s'ensuit, Capitant, fort de l'exemple anglais,

6 A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris 1895; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Paris 1892 etc. Toute la question est traitée in M.J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit, L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Préface de Jean Combacau, Aix-en-Provence - Marseille 1992. La simple lecture de ces titres montre que faute de tribunal constitutionnel, le problème d'un droit public français gardien des libertés a glissé du Parlement vers le Conseil d'État qui, lieu de recours pour les excès de pouvoir, invente à cette époque, et de façon prétorienne, un droit administratif qui, inspiré des «principes de 89», n'en est pas moins extérieur au déroulement des procédures constitutionnelles.

7 J. BARTHÉLEMY - P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1933.

8 R. CAPITANT, *Les régimes parlementaires* (Mélanges Carré de Malberg), Paris 1933 cité in R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, Paris 1982. Imprégné de la pensée de R. CARRÉ DE MALBERG, *Contributions à la théorie générale de l'État*, 2 tomes, Paris 1920 et surtout *La Loi expression de la volonté générale*, Paris 1932, Capitant produira dans la première Assemblée Constituante de 1946, comme dans la première Assemblée législative de 1947 (à propos du statut de l'Algérie) la meilleure critique de ce qui deviendra l'échec de la IVème République Française, voir O. RUDELLE, *Le vote du statut de l'Algérie* in S. BERSTEIN (ed), *L'année 1947*, Paris 2000.

introduit une distinction nouvelle entre régime parlementaire et régime représentatif: le vrai régime parlementaire serait celui d'une Angleterre qui accepte le recours au peuple sous la forme d'une dissolution à l'initiative du chef du cabinet; ce régime parlementaire est donc distinct du régime représentatif qui gouverne la France depuis 1789 puisque, contre Rousseau qui prônait la démocratie directe, c'est l'influence de Sieyès qui, sauf aux temps des Chartes qui ont échoué, aurait toujours prévalu en France[9].

En l'absence d'une Cour Constitutionnelle habilitée à dire le Droit, la doctrine ne put trancher. L'autorité compétente aurait été le Congrès constitutionnel, formé de la réunion des deux Chambres dont, pour des raisons inverses, la convocation avait été voulue facile: un simple vote de chaque chambre. Or, mis-à-part la révision de 1884, menée à bien par Jules Ferry, aucune révision constitutionnelle ne viendra clarifier les rapports entre les pouvoirs. Puisque le Droit a été laissé en l'État, il faut se tourner vers l'histoire et le quotidien des débats parlementaires où, de 1871 à 1940, la controverse constitutionnelle n'a jamais cessé. Et la chronologie permet de distinguer trois temps: les années d'établissement qui, allant de 1870 à 1890, voient en 1875, le vote des lois constitutionnelles et, dans les années 1880, celui des lois laïques; votes qui, suivis en 1889 de l'échec électoral du boulangisme antiparlementaire, illustrent la solidité de l'établissement politique et constitutionnel d'une «République parlementaire» façonnée à la française. De sorte que les années suivantes, allant de 1890 à la Victoire de 1918, illustre la deuxième époque, celle qui reste le symbole des grandes heures d'une République qui a lié son destin au jeu exclusif d'une souveraineté nationale, exprimée par la voix de son Parlement. D'un côté les sénateurs dont la loi électorale a été constitutionnalisée et de l'autre les députés dont la loi électorale pouvant être modifiée par un simple

[9] L'interprétation historique de Capitant n'est pas toujours exacte: ainsi, avec l'ensemble de l'Université, évoque-t-il l'article 6 de la Déclaration de 1789 («La loi est l'expression de la volonté générale ...») sans faire référence à Talleyrand qui, rédacteur, écrit dans ses *Mémoires* (Plon 1982) que l'égalité donnée au citoyen et au représentant dans la «formation de la loi» devait donner au roi le moyen d'un «appel au peuple» pour tempérer les exagérations des représentants: voir O. RUDELLE, *Le suffrage universel* in J.-F. SIRINELLI (ed), *Les Droites en France*, 2 tomes, Paris 1992. L'importance de Capitant est ailleurs: son concept de «parlementarisme» permet de justifier, dès 1931 (et après BORIS MIRKIM GUÉTZÉVITCH, *Les référendums et le parlementarisme dans les nouvelles constitutions européennes*, Paris 1930-1939), à l'image de ce qui se passe en Angleterre, la compatibilité de la suprématie du Parlement avec l'existence d'un pouvoir exécutif fort. Voir G. LE BRAZIDEK, *René Capitant, Carl Schmitt: crise et réforme du parlementarisme*, préface de J. CHEVALLIER, Paris 1998.

vote législatif, a fourni l'occasion de nombreux débats sur la révision du mode de scrutin: scrutin de liste contre scrutin uninominal d'un côté, scrutin majoritaire ou scrutin proportionnel de l'autre. Mais, voté par la Chambre, le vote proportionnel sera toujours refusé par un Sénat qui s'érige alors en gardien d'une «Tradition républicaine» à laquelle il lie son destin. Prétention qui pèsera lourd pendant l'entre-deux-guerres qui est celui de la troisième période. Période mélancolique puisque le Sénat fera échouer tout ce qui risquait de toucher au *statu quo* laïc du régime, qu'il s'agisse de l'élargissement du corps électoral aux femmes ou des «mares stagnantes» de l'arrondissement ou du département, circonscriptions électorales qui, également administratives, sont gouvernées par préfets et sous-préfets. L'espoir de perfectibilité politique migre alors vers l'idée de révision constitutionnelle, dans un mouvement souvent confondu avec celui de la réforme de l'État[10]. La confusion se révèlera fatale puisque la défaite militaire de 1940 se doublera d'une seconde défaite qui est celle de l'abdication constitutionnelle sans condition d'un Parlement, jadis si orgueilleux de ses prérogatives.

2. *Les années d'établissement: 1870-1889*

Encadrées par le souvenir du bonapartisme et la crainte du boulangisme, les années d'établissement sont dominées par le spectre de la dictature: celle du passé qui, forte de ses plébiscites, a conduit le pays au démembrement de la perte de l'Alsace-Lorraine, celle qui risque de revenir si le «Général Revanche» gagne son pari électoral. Dès janvier 1873, la mort de l'empereur avait affranchi les partisans de l'appel au peuple qui, au nom du plébiscite de mai 1870, entreprennent de plaider la continuité constitutionnelle de la dynastie, au profit du jeune prince impérial, «libre des erreurs de son père»[11]. De façon analogue, en 1888 et 1889, la multiplication des candidatures du Général Boulanger aux élections partielles, et l'éclat des succès remportés au cri de «Dissolution, révision, Constituante»[12], fait comprendre aux républicains radicaux les plus hostiles

[10] O. RUDELLE, *La Troisième République: le projet d'élargissement du corps électoral du chef de l'État*, in L. HAMON - G. LOBRICHON, *L'élection du chef de l'État en France, de Hugues Capet à nos jours*, préface de J.P. SOISSON, Paris 1988.

[11] J. GOUAULT, *Comment la France est devenue républicaine*, préface de François Goguel, Paris 1954.

[12] O. RUDELLE, *La République absolue*, cit.

aux lois de 1875, qu'en ces circonstances, une révision constitutionnelle devenait totalement inopportune.

Dans les deux cas, la représentation parlementaire va réagir de la même façon, qu'il s'agisse de l'Assemblée Nationale unique de 1875 ou du Parlement de 1889, divisé entre un Sénat et une Chambre des députés: les élus font bloc contre les risques du suffrage universel direct et, surmontant les divisions entre monarchistes et républicains en 1875, entre républicains et radicaux en 1889, illustrent la capacité de résistance constitutionnelle d'un régime exclusivement représentatif. C'est ainsi qu'en 1875, la République est votée par les monarchistes constitutionnels, tandis qu'en 1889 les républicains abandonneront le scrutin de liste départemental. Dans les deux cas, la parade constitutionnelle a été, selon les meilleurs principes du constitutionnalisme américain, le fractionnement du vote: en 1875, les constituants acceptent d'une part de confier la «transmission du pouvoir éxécutif» au Congrès, et d'autre part de diviser le pouvoir législatif entre deux chambres égales. En 1889, les élus votent non seulement l'interdiction des candidatures multiples mais aussi le retour au scrutin uninominal qui, imposé aux républicains par les orléanistes de 1875, avait été abandonné en mars 1885 au profit du scrutin de liste cher à un Gambetta mort depuis trois ans!

Dans les premières années de la Troisième République, le problème de la liberté est celui de son lien avec le suffrage universel, plutôt que celui du poids de la Constitution. Cet état de fait est la conséquence du césarisme bonapartiste qui, ayant usé du plébiscite pour faire ratifier ses coups d'état, s'était ensuite caché derrière son régime dit «constitutionnel», pour légitimer la réalité de sa dictature administrative puisque le Sénat «conservateur» avait tout entériné, même la loi de sûreté générale de 1858, à laquelle s'était opposé le seul Mac-Mahon[13]. Cette perversion du langage a engendré une longue méfiance républicaine à l'égard de l'idée de Constitution, envers sa ratification par le peuple comme envers la possibilité d'un contrôle constitutionnel: ainsi Gambetta aura-t-il refusé pendant trois ans, le pouvoir constituant d'une Assemblée Nationale, élue en février 1871 pour trancher de la guerre ou de la paix. Et d'autant qu'elle est composée de 400 monarchistes et 200 républicains! Pourtant la République *de facto* s'impose: divisés entre trois prétendants, et saisis par l'urgence patriotique, les élus, qu'ils soient monarchistes ou républicains, doivent mandater quelqu'un pour négocier avec Bismarck qui attend aux portes de Paris. Ce sera Monsieur Thiers, élu par vingt-sept

[13] G. DE BROGLIE, *Mac-Mahon*, Paris 2000.

départements pour s'être opposé à la déclaration de guerre. Et pour ce faire, il obtient le titre de «Chef du pouvoir exécutif de la République». Une fois le traité signé et ratifié, l'Assemblée l'élève au rang de «président de la République[14]» pour le remercier: c'est le début d'une République provisoire mais «légale»[15]. En mai 1873, le territoire ayant été libéré par le versement d'une grosse indemnité, M. Thiers est renversé au bénéfice du Maréchal de Mac-Mahon. La restauration étant toujours impossible, un Septennat présidentiel est voté en sa faveur[16]. Grâce à ce pôle de stabilité, extérieur à la législature, le vote des lois constitutionnelles interviendra dix-huit mois plus tard. Sans qu'il soit question de faire ratifier par le peuple cet arrangement constitutionnel, dont beaucoup croyaient qu'il serait révisé en 1880[17].

La culture anti-bonapartiste renvoyait aux idées de Coppet qui, *via* la famille Broglie, bénéficiait d'un siècle de réflexion constitutionnelle sur la double nécessité de la responsabilité ministérielle d'une part, et de l'existence d'une chambre haute d'autre part. Pour les républicains français assurés de la confiance du suffrage universel et attachés au souvenir de la Convention ou de la République de 1848, la concession serait immense. A l'inverse pour les monarchistes, inquiets du poids du nombre et de ses menace sur la propriété, la famille et la religion, ce fut la condition *sine qua non* de leur vote en faveur de la République. Si bien qu'une fois le principe acquis, le débat constitutionnel se déplacera vers le mode de nomination et les attributions du Sénat. Voilà pourquoi, aussi longtemps que le régime durera, c'est le Sénat en qui se résume la question des rapports entre la Constitution et le Parlement, un Parlement qui, réuni en Congrès à Versailles, est seul maître de la révision.

Gardien des libertés, le Sénat devait représenter la société en ses capacités, ses diversités, ses traditions. A côtés des 225 sénateurs élus de la démocratie locale, Albert de Broglie avait proposé l'existence de 75 sénateurs

[14] Loi Rivet d'août 1871 qui accorde le titre de Président de la République en précisant qu'il gouverne sous l'autorité de l'Assemblée Nationale: son pouvoir reste lié à la confiance, plutôt qu'à son titre.

[15] É. LITRÉ, *L'établissement de la Troisième République*, Paris 1880.

[16] Loi de novembre 1873: ce mandat est donc assuré de durer plus longtemps que celui d'une Assemblée Nationale qui, depuis novembre 1872, a voté que la future organisation des pouvoirs publics devrait diviser le pouvoir législatif. Voir G. DE BROGLIE, *Mac-Mahon*, cit.

[17] O. RUDELLE, *Albert de Broglie et Le Correspondant*, in L. JAUME (s.d), *Coppet, creuset de l'esprit libéral*, Aix-en-Provence - Marseille 2000.

inamovibles, qui auraient été nommés par le président de la République. Gambetta refuse. Pressé d'aboutir, Mac-Mahon concède et accepte une nomination par l'Assemblée Nationale d'abord, par le Sénat ensuite. Douloureuse aux républicains, la cooptation sénatoriale fera l'objet de la seule vraie révision constitutionnelle qui aura lieu en 1884. Même si les situations personelles seront protégées, les sénateurs de l'avenir sont destinés à ne plus être que des élus de la démocratie locale. La modification de cette loi électorale constitutionnalisée, alla de pair d'une part avec la suppression des prières publiques, qui laïcisait le régime, et d'autre part avec la proclamation que la «forme républicaine de son gouvernement ne peut pas faire l'objet d'une proposition de révision»[18].

Nous touchons ici au coeur de la spécificité française: au dessus de la Constitution et même au dessus du Parlement et donc du suffrage universel, il y a «la République»[19]. Ce qui fait l'importance du Sénat de la République puisque, démocratisé par son inscription territoriale et fort d'un mandat de neuf ans renouvelable par tiers, il incarne désormais la continuité de l'État républicain et d'autant que le partage égal du pouvoir législatif fait de son vote – ou de son absence de vote – une décision qui n'est susceptible d'aucun recours. Même au beau temps de la République parlementaire, cet état privilégié nourrira deux débats constitutionnels: l'un sur la validité de ses pouvoirs financiers, l'autre sur la nécessité d'un recours en cas d'arbitraire.

3. *La «Belle époque» de la Républiqùe parlementaire: 1889-1918*

– Les attributions du Sénat: loi de finances et confiance. L'égalité des pouvoirs financiers de la Chambre élue du suffrage universel et du Sénat, élu du suffrage indirect n'a jamais été acceptée par les républicains. Gambetta[20], aussi bien que Jules Ferry[21], auraient voulu réviser ce point. Ils échoueront. La question sensible était alors ce qu'on appelait

[18] P. ROBIQUET, *Étude sur la révision constitutionnelle, loi du 14 août 1884 et sur la loi électorale du Sénat, loi du 9 décembre 1884*, Paris 1885, cité in C. BIGAUT, *Le réformisme constitutionnel en France (1789-2000)*, préface de D. MAUS, Paris 2000.

[19] On sait que c'est sur ce principe que se fondera René Casssin pour dénier toute valeur juridique au vote du 10 juillet 1940: J.-L. CRÉMIEUX-BRILLAC, *La France Libre*, Paris 1996, et *Le rétablissement de la légalité républicaine*, Bruxelles 1996.

[20] LÉON GAMBETTA, *Discours et plaidoyers politiques*, tome X, Paris 1884.

[21] J. FERRY, *La République des citoyens*, 2 tomes, Paris 1996.

la «démocratie ecclésiastique», en clair le salaire d'un clergé encore concordataire. Sur ce point délicat, un *modus vivendi* s'établira: le Sénat n'a pas l'initiative, mais il a le droit de rétablir un crédit supprimé par la Chambre[22]. La question devint plus difficile au moment du vote sur l'impôt sur le revenu que le Sénat refusera jusqu'à la guerre. Non sans créer un débat constitutionnel dont le plus célèbre a été celui qui, en 1896, conduisit Léon Bourgeois à la démission de la présidence du conseil[23]. Le pouvoir financier allait-il jusqu'au retrait de la confiance? Là encore, la question ne sera jamais tranchée et, bien des années plus tard, le second ministère Blum, devait donner sa démission dans des conditions analogues. De façon plus générale, le Sénat préférait s'abstenir plutôt que s'opposer, ralentir plutôt que refuser de sorte que, pour réussir devant la Haute Assemblée, mieux valait être sénateur: ainsi de Waldeck-Rousseau Combes, Clemenceau ou Poincaré tous président du conseil de la grande époque. Ceci étant bien connu, mieux vaut regarder du côté de la Chambre, pour voir apparaître les premières demandes de garanties constitutionnelles contre l'arbitraire de la loi.

– La laïcisation de la République. La laïcisation de l'École des années 1879-1880 et la loi sur les associations de 1901 qui aboutira à la Séparation des Églises et de l'État de 1905, ont suscité des questions de principe qui n'ont pas été traitées sur le même terrain: en 1880 la question est posée et réglée sur le terrain administratif, alors qu'en 1900 elle est posée sur le terrain constitutionnel et, à ce titre, restera sans solution. Comment cela? En 1879 le Sénat ayant refusé l'article 7 d'une loi interdisant l'enseignement aux congrégations non autorisées – en clair aux jésuites –, la décision, prise par un décret de mars 1880, conduira au fait que les recours seront portés et jugés devant les tribunaux administratifs d'abord, le Conseil d'État ensuite[24]. En 1900, le Sénat ne joue plus le rôle de «résistance» prévu par les rédacteurs de 1875[25]. Il est maintenant en

22 F. GOGUEL, *Le rôle financier du Sénat*, Paris 1937 et *La politique des partis sous la Troisième République*, Paris rééd. de 1987.

23 O. RUDELLE, *La famille républicaine modérée*, in *Les familles politiques en Europe occidentale au XIXème siècle*, Rome 1997.

24 JULES FERRY, *Discours et opinions*, 7 tomes, présentés par Paul Robiquet, Paris 1893-1898.

25 Toute une tendance de l'historiographie contemporaine fait de l'Affaire Dreyfus un «mythe fondateur» ayant réussi l'intégration républicaine du socialisme démocratique. Dans cette optique Marc-Olivier Baruch et Vincent Duclert ont animé une recherche collective de deux années, publiée in *Servir l'État*, Paris 2000, pour interroger le fait de la résistance d'un État «républicain» ayant fonctionné en 1900 mais non en 1940. Un

harmonie avec le gouvernement de «défense républicaine» présidé par le sénateur Waldeck-Rousseau qui a fait retour en juin 1899, pour mettre fin au scandale de la condamnation du capitaine Dreyfus par une justice militaire fabriquant des faux. Cette situation explique que, contre l'attente des constituants, la division du pouvoir législatif, loin de tempérer, va ouvrir la voie aux surenchères et d'autant que, loin d'orienter son action en direction d'une réforme des tribunaux militaires qui avaient failli, le ministère choisit d'orienter sa contre-offensive en direction des congrégations non autorisées qui, il est vrai, avaient enflammé la campagne avec leur presse à grand tirage[26]. Ainsi, en mars 1901, la Chambre vote-t-elle que l'autorisation des congrégations sera le fait d'une loi – et non plus d'un décret comme c'était la coutume. De sorte qu'en 1902, manoeuvré par Combes qui a succédé à Waldeck-Rousseau malade, le Sénat pourra refuser en bloc toutes les demandes d'autorisation, et cela au risque de multiplier les expulsions de religieux qui, étalées sur dix ans, choqueront d'autant plus qu'il s'agira de femmes[27].

Prenant conscience de leur situation, désormais minoritaire dans la société politique de leur pays, les catholiques français regardent au delà des frontières et découvrent que la France des Droits de l'Homme vit sans Constitution. De sorte que le 28 mars 1901, au milieu de la discussion du titre III de la loi sur les associations, qui traitait des congrégations, le député Fernand de Ramel monte à la tribune pour demander la constitutionnalisation de la Déclaration des droits de l'Homme. Sa proposition qui rencontrera les sarcasmes des partisans de Dreyfus, réunis dans la Ligue des Droits de l'Homme, se solde par un échec. «*Actuellement*, disait Ramel, élu du Gard où protestants et catholiques travaillaient côte-à-côte dans les mines d'Alès,

«vous ne l'ignorez pas, il y a des lois organiques des pouvoirs publics, mais vous n'avez pas de Constitution dans le vrai sens du mot, c'est-à-dire de principes constitutionnels

travail approfondi mené dans les archives des différents corps et administrations a montré que les fonctionaires de ce temps servaient «l'État» plus que la République (sauf pour les instituteurs des départements et les policiers francs-maçons de la préfecture de police de Paris).

26 Ce qui sera fort bien expliqué par le député catholique, Denis Cochin: pour saisir et lire les enjeux des différents débats parlementaires voir *L'Affaire Dreyfus* (Cahiers Jean Jaurès, édité par la Société d'études jaurésiennes avec le concours du CNF, 150), septembre-décembre, 1999.

27 Toute cette histoire est notée, quinzaine par quinzaine, dans *Le Correspondant*, Revue des catholiques libéraux qui, à travers la personne d'Albert de Broglie, est l'héritière de l'esprit constitutionnel de Coppet.

qui garantissent les droits du citoyen et soient la base obligatoire du Gouvernement. Il n'y a pas de garantie fondamentale pour le pays contre l'arbitraire du Gouvernement, l'inconstance des Assemblées et les atteintes aux libertés essentielles, sauvegarde des citoyens ...».

«Il faut donc au-dessus du Parlement et de ses inconstances, une constitution qui contienne des règles et des garanties essentielles et inviolables que tous les gouvernements, en France, se sont successivement imposés depuis 1789. Lisez la Constitution de 1848 qui pose les principes libéraux garantissant la liberté individuelle, la liberté de conscience, l'égalité des citoyens devant l'impôt, la libre expression des opinions religieuses ....

Nous avons donc le droit et le devoir, vous, pour vous mettre d'accord avec vous-mêmes et nous, pour professer par un acte législatif les principes et les opinions que nous n'avons cessé de revendiquer, de voter la déclaration d'urgence pour cette proposition tendant à incorporer dans la Constitution la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1791 que nous acceptons, pour notre part pour en revendiquer l'application et pour l'imposer à un gouvernement qui en méconnaît chaque jour les principes essentiels»[28].

Reprise en 1903 par Charles Benoîst, la demande sera désormais présente dans le programme de tous les partis démocrates-chrétiens qui surgiront après les guerres de 1914-1918 ou de 1939-1945[29]. Intellectuellement le tournant est capital: s'écartant du dualisme fatal qui paralysait le constitutionnalisme français depuis 1789 – faut-il restaurer le législatif ou l'exécutif? – la demande d'une Cour suprême, illustrait un courant moins nouveau qu'oublié, puisque sa philosophie n'était autre que celle ... de l'Édit de Nantes de 1598 qui, à l'appel d'Henri IV, avait confié la garde d'une «concitoyenneté» française, respectueuse de la diversité religieuse, à une Justice «mi-partie», composée de catholiques comme de protestants[30]. Ceci n'est rappelé que pour le plaisir d'évoquer une histoire généralement oubliée; mais revenant à la chronologie du temps, il faut aussi dire que, patriotes avant tout, les congrégations se sont empressées de répondre à l'appel des drapeaux pour participer à une Union que Poincaré appellera «sacrée». On pouvait espérer que la Révolution de 1917 suivie de la Victoire de novembre 1918, permettrait au chantier constitutionnel d'être réouvert. Ce fut une belle occasion ratée.

[28] 29 mars 1901, *Journal Officiel de la République Française*, Chambre des députés, p. 991 et O. RUDELLE, *Constitutionnaliser la Déclaration des droits de l'Homme?*, in M.O. BARUCH - V. DUCLERT (edd), *Justice, Politique et République. De l'affaire Dreyfus à la guerre d'Algérie*, Bruxelles 2002.

[29] C. BIGAUT, *Le réformisme constitutionnel en France (1789-2000)*, cit., et J.-E. CALLON, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, La Documentation française 1998.

[30] B. COTTRET, *L'Édit de Nantes*, Paris 1997 où le texte intégral est publié.

4. *La décadence de la Tradition républicaine: 1919-1939*

La République parlementaire avait fondé son prestige sur la confiance d'un suffrage universel libre et éclairé, grâce à la diffusion d'une Instruction Publique, laïque et obligatoire. Et face aux attaques, celle du boulangisme, du nationalisme antisémite, du syndicalisme révolutionnaire et même du *Reich*, la continuité du Sénat de la République avait montré ses talents et sa vertu. Comprendrait-il les exigences du nouveau siècle? Il n'en fut rien. Pionnière en 1848 – et même encore en 1870 – la République Française deviendra lanterne rouge du suffrage universel en Europe où, seule avec l'Italie et la Belgique, l'élargissement du corps électoral aux femmes, sera toujours refusé par un Sénat qui redoute l'influence des clercs sur le vote des femmes. Aussi, après le vote favorable de la Chambre en mai 1919, attendra-t-il deux ans pour inscrire la proposition à son ordre du jour. Le moment favorable de la gratitude et de la reconnaissance des mérites civiques des femmes, qui avaient pris tant de responsabilités à l'arrière pendant l'absence des hommes retenus dans les tranchées, était passé. Lorsque le débat arrive en 1922, il ne s'agit plus que de «défendre la Tradition républicaine» Ce sera exactement la même chose en 1932 où le nouveau féminisme est identifié à un «danger» comparable à ceux du césarisme ou du nationalisme dont le Sénat avait glorieusement triomphé![31].

La même crainte du recours au suffrage universel se fera jour en 1934, lorsque les émeutes de février eurent remis à l'ordre du jour la question de la révision constitutionnelle, devenue taboue depuis la crise boulangiste de 1888-1889. Depuis les élections de 1932, trois ministères – Herriot, Chautemps et Daladier – avaient été renversés[32]. Rappelé de son village où il s'était retiré, Gaston Doumergue accepte non sans hésitation, de présider un cabinet «d'union nationale», selon la formule inaugurée

[31] O. RUDELLE, *Droits politiques des femmes européennes, bilan de deux guerres mondiales*, in C. FAURÉ (ed), *Encyclopédie politique et historique des femmes*, Paris 1996.

[32] F. GOGUEL, in *La politique des partis*, cit., écrit que c'est en 1932, avec la victoire du cartel des gauches, alliance électorale fondée sur une laïcité qui se révèle incapable de gouverner en raison du refus socialiste de participer au ministère, que le régime a cessé de fonctionner selon les critères traditionnels de la République parlementaire. On peut aujourd'hui ajouter que c'est dès 1924 que la contestation du succès électoral du Cartel des gauches a conduit Paul Reynaud (qui sera en 1958 le président du Comité Consultatif Constitutionnel) à demander qu'une Cour suprême soit juge de la validité des élections (alors que la tradition voulait que ce fût le privilège des chambres): voir M. MOILET, *La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité, genèse d'un débat: l'Affaire Ratier*, in «Revue Française de Science Politique», 49, 1999, 6.

par Poincaré en 1926 pour «sauver le franc». Autorisé à gouverner par décrets-lois[33], l'ancien président de la République tarde à trancher. De sorte que ce n'est qu'en octobre qu'il fait part de son projet de révision constitutionnelle qui, aux dépens du Parlement, devait donner au président du conseil, entièrement absent des textes constitutionnels, le monopole de l'initiative des dépenses, le droit de prorogation du budget et surtout un droit de dissolution qui impliquait la fin non seulement du droit présidentiel mais aussi de l'avis conforme du Sénat. C'était évidemment une révolution, un bouleversement de l'architecture des lois de 1875 qui annonce, en fait, ce qui se passera en 1946, sous l'influence des socialistes proches de Léon Blum[34]. La Haute Assemblée n'entend évidement pas se laisser dépouiller. Elle sait manoeuvrer comme elle sait se draper dans les principes dits républicains. Sensible à l'évolution de l'opinion entre le mois de février et le mois d'octobre, elle fait parler son président Jules Jeanneney, membre de cette Gauche démocratique qui est majoritaire au Palais du Luxembourg. C'est évidemment pour faire savoir que la Haute Assemblée est décidée à veiller «au salut des institutions républicaines»[35]! Au nom de la Tradition républicaine, la réforme de l'État était enterrée. A peine peut-on remarquer qu'un de ses défenseurs les plus convaincus avait été René Coty qui, en 1958, se retrouverait en meilleure position pour faire prévaloir ses idées[36].

La messe était dite. Gardien des institutions, plus encore que d'une Constitution qui n'existait pas vraiment, le Sénat d'une République décidée à rester exclusivement représentative, refusait l'élargissement de la représentation nationale aux femmes, tout autant que le recours au peuple pour trancher des problèmes, en cas de crise entre les partis. Condamnant le Parlement à l'impuissance constitutionnelle, le Sénat radical-socialiste de la Troisième République allait lui-même sombrer dans cette stratégie

[33] La question de la «constitutionnalité» des décrets-lois avait fait l'objet d'un grave conflit de principe entre Raymond Poincaré et Édouard Herriot dès 1924, voir O. RUDELLE, *Le légicentrisme républicain*, in F. FURET - M. OZOUF (edd), *L'avènement du siècle républicain*, Paris 1993.

[34] L. BLUM, *La réforme gouvernementale*: parues de façon anonyme en 1920 (tant la question était taboue) ces «lettres» sont rééditées en 1936 quand Blum sera président du Conseil: l'essentiel pour lui étant de supprimer le conseil des ministres (où siège le président de la République) au profit du gouvernement de cabinet, responsable devant l'Assemblée élue du suffrage universel.

[35] J. GICQUEL - L. SFEZ, *Problèmes de la réforme de l'État en France depuis 1934*, Paris 1966.

[36] F. DE BAECQUE, *René Coty, tel qu'en lui-même*, Paris 1990.

du silence qu'il avait été si habile à mettre en oeuvre[37]. Rien ne devait plus jamais l'en relever.

[37] On peut remarquer qu'écrasé en France par la vague électorale de la Libération, le parti radical sera encore assez puissant en Algérie pour empêcher que les Français musulmans, dotés de l'égalité civile depuis l'ordonnance de janvier 1944, soient dotés de l'égalité politique en 1945 ou en 1947: voir J.-L. CRÉMIEUX-BRILLAC, *La France Libre*, cit. et O. RUDELLE, *Le vote du Statut de l'Algérie*, cit.

L'esperienza parlamentare di Westminster

Tradizione, riforme e supremazia del legislativo nella Gran Bretagna liberale

di *Alessandro Torre*

Da almeno due secoli posto al centro dell'ordinamento costituzionale dello Stato anglo-britannico, nell'Ottocento liberale il Parlamento attraversa un'intensa stagione riformatrice, della quale si possono concretamente individuare un punto d'inizio e un momento finale: il primo è certamente il *Great Reform Act* del 1832 e il secondo non può che configurarsi nel *Parliament Act* del 1911, due emblematici eventi costituzionali che costituiscono l'alfa e l'omega dell'evoluzione parlamentare dell'epoca liberale.

Sotto il profilo delle grandi conquiste costituzionali del liberalismo britannico, queste due date ne segnano idealmente l'esordio e il canto del cigno, e nel contempo, seppure con un margine di qualche anno in entrata e in uscita (l'oggettiva durata del regno di Vittoria coincide infatti con un periodo di poco più ristretto, ossia l'arco 1837-1901, ed è quindi cronologicamente contenuto entro i due grandi momenti riformatori) fissano i termini dell'evoluzione del Parlamento e dell'intera esperienza costituzionale nell'età che *lato sensu* si definisce vittoriana[1].

[1] L'intenso periodo riformatore del XIX secolo può trovare significativi elementi di analogia con l'accelerazione costituzionale impressa dall'ondata delle riforme che, sotto la *leadership* di Tony Blair, il neolaburismo sta realizzando nell'arco di governo che è stato inaugurato con la vittoria elettorale del maggio 1997. Alcune fra tali riforme hanno un'incidenza diretta sull'istituzione parlamentare, come per esempio si può dire del recente *House of Lords Act* che nel 1999 ha posto termine a un dibattito più che secolare trasformando radicalmente la composizione del secondo ramo del legislativo di Westminster, nel quale è stata considerevolmente ridimensionata la presenza dei Pari ereditari; con gli atti di devoluzione dei poteri che molto recentemente (1998-1999) hanno creato una frontiera avanzata del parlamentarismo istituendo nuove assemblee legislative in Scozia (*Scotland Act*), in Galles (*Government of Wales Act*) e in Irlanda del Nord (*Northern Ireland Act*), si è di certo aperta una nuova frontiera del parlamentarismo nelle Isole britanniche; le proposte di revisione del tradizionale sistema elettorale maggioritario puro, anche se attualmente ancora allo stadio di progetto, configurano un ulteriore elemento di profonda trasformazione delle «regole del gioco» della politica parlamentare britannica; e la stessa *incorporation* della Convenzione europea nel quadro dell'ordinamento delle libertà del Regno, disposta con l'importante *Human Rights Act* del 1998, non manca di produrre

D'altronde la natura evolutiva e gradualistica della Costituzione anglo-britannica[2] implica che i concetti di «inizio» e «fine» debbano essere sempre relativizzati con una certa dose di attenzione. Non è facile, infatti, comprendere appieno la natura della supremazia del Parlamento anglo-britannico sotto il regno di Vittoria, e traslativamente degli stessi atti riformatori del 1832 e del 1911, senza che si risponda in modo conveniente ad alcune domande preliminari; se si intende entrare nel vivo dell'argomento è perciò necessario affrontare almeno due questioni emergenti dal percorso tematico complessivo del convegno stesso e che si possono considerare essenziali.

Il primo quesito è: entro quali termini e a quali condizioni è possibile tracciare le coordinate essenziali dell'equazione «parlamentarizzazione = costituzionalizzazione» nelle Isole britanniche? E il secondo può essere formulato pressappoco nei seguenti termini: principalmente in Inghilterra – ovvero nel territorio dal quale provengono i più consistenti impulsi costituzionali che hanno informato di sé il complesso della statualità del Regno Unito – e quindi nei diversi altri comprensori a carattere subnazionale che nell'Ottocento formano lo stato unitario britannico e contribuiscono a formarne la concezione (in realtà per molti versi artificiale) di nazione[3], cosa si dovrebbe intendere per «età liberale»?

un certo impatto sulla *supremacy* del Parlamento di Westminster. Può essere interessante notare il verificarsi di un ricorso storico, o forse più propriamente di una coincidenza significativa: così come la prima grande riforma liberale del Parlamento venne attuata nel 1832 dai *whigs* dopo un'opposizione durata oltre vent'anni, imprimendo l'accelerazione di cui s'è detto, anche l'intensa attività riformista dei *New Labour* fa seguito a una fase di minoranza durata dal 1979 al 1997, ovvero per l'intero periodo del conservatorismo d'impronta thatcheriana, il che potrebbe fornire elementi all'ipotesi che le protratte fasi di opposizione sono, per le forze progressiste britanniche indipendentemente dalla loro configurazione storica, il terreno di coltura di radicali progetti di trasformazione dell'esistente.

2 Su tali caratteri cfr. L. WOLF-PHILLIPS, *A Long Look at the British Constitution*, in «Parliamentary Affairs», 37, 1984, pp. 385-402. Per la dottrina italiana cfr. L.R. LETTIERI, *La Costituzione inglese*, Firenze 1946, e sia consentito di rinviare ad A. TORRE, *Interpretare la Costituzione britannica. Itinerari culturali a confronto*, Torino 1997.

3 Cfr. J. BULPITT, *The Making of the United Kingdom*, in «Parliamentary Affairs», 1, 1978, pp. 174 ss.; più di recente si veda il ben argomentato intervento storiografico di K. ROBBINS, *Great Britain. Identities, Institutions and the Idea of Britishness*, London 1998, con ampi rinvii bibliografici per l'approfondimento di tale complessa problematica; contributi di considerevole utilità per un inquadramento 'a più voci' della questione si hanno nella rassegna B. CRICK (ed), *National Identities: The Constitution of the United Kingdom*, Oxford - Cambridge MA 1991.

Se ha davvero fondamento la coincidenza fra affermazione dello Stato liberale e parlamentarizzazione della forma di governo, e fra trasformazione del Parlamento e trasformazione dell'intera forma costituzionale (dall'autorevole lezione di Raul van Caenegem si può in proposito trarre l'asserzione pienamente condivisibile per cui nel XIX secolo «the modernization of Parliament was no doubt the main change in the British Constitution»[4]), allora è evidente che, per lo storico delle istituzioni britanniche, la ricognizione di tali concetti riveste una particolare importanza.

Per affrontare convenientemente la prima questione, potrebbe essere sufficiente – ma, si vedrà, non lo è del tutto – stabilire che la semplice esistenza di un'assemblea parlamentare, nella quale trovino realizzazione meccanismi di rappresentanza, è di per sé una condizione necessaria della costituzionalizzazione dell'apparato di governo. In tal senso l'Inghilterra è «costituzionalizzata» in epoche molto anteriori all'età liberale.

Sulla semplice scorta di tale generica considerazione, si potrebbe pertanto pensare che la data convenzionale del 1265, allorché è riunito in funzione antimonarchica il *parliamentum* feudale del ribelle Simon de Montfort, o ancor più il 1297, anno in cui Edoardo I Plantageneto – che alcuni hanno definito il «Giustiniano inglese» – detta le regole che stabiliscono struttura e criteri di composizione del «Parlamento modello» formato da due cavalieri per ogni contea e da due borghesi per ogni città dotata della franchigia reale[5], siano gli anni in cui il quadro di governo dell'Inghilterra «costituzionale» è completo. Alla fine del XIII secolo esistono infatti, nel Regno d'Inghilterra, una Corona dotata di un potere sufficientemente in grado di imporsi, un Parlamento con uno *status* in via di consolidamento e titolare del *purse power* al quale automaticamente si collega il concetto di rappresentanza (che è enunciato nell'espressione «no taxation without representation»), un già potente apparato di giudici cultori del diritto comune, e un *local government* in espansione che sottrae spazi di potere alla feudalità, nonché infine – e ciò non è certamente un carattere secondario

[4] R.C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, rist. London 1997.

[5] Su tali prime fasi cfr. il classico studio di D. Pasquet, *An Essay on the Origins of the House of Commons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1925; e quindi anche M. McKisack, *The Parliamentary Representation of the English Boroughs*, London, Oxford University Press, 1932; M-V. Clarke (ed), *Medieval Representation and Consent*, London 1936; B. Wilkinson, *Constitutional History of Medieval England, 1216-1377*, London 1958; P. Spufford (ed), *Origins of the English Parliament*, London 1968, rist. London 1969; e nella dottrina italiana L. Sturlese, *Il Re e i Lords nel parlamento medievale inglese*, Milano 1963; e G. Musca, *La nascita del Parlamento nell'Inghilterra medievale*, Bari 1994.

ai fini della definizione di quanto concorre a formare il contesto della costituzionalità – un regime delle libertà che risale alla *Magna Carta* e alle sue prime *confirmationes* (ma su tale aspetto si tornerà in seguito).

La relativa completezza di tale ordinamento politico, che nasce dall'innesto della particolare organizzazione feudale normanna sul substrato della *lex Angliae* d'impianto sassone, stabilisce già in età medievale i prerequisiti di una forte ed effettiva organizzazione statale, e paradossalmente (ma non troppo) renderà sterile sul piano dottrinale ogni tentativo di dare fondamento giuridico e teorico a quella categoria dello Stato la cui definizione invece in Europa continentale, ovvero nell'area del formalismo, ha costantemente reso insonni le notti dei costituzionalisti e dei giuristi dell'età liberale e oltre, sicché – come rilevava qualche tempo fa Massimo Severo Giannini – «si è più volte discusso sul perché gli inglesi, che costituiscono in fondo la struttura più efficiente di Stato, rifuggissero dall'usare il termine 'Stato' (e ancor oggi è in larga parte così)»[6].

Più in seguito l'oggettivo rischio di collisione tra un forte apparato istituzionale e una forte coscienza dei diritti individuali fornirà molti argomenti alla ricerca degli elementi essenziali di una *fundamental law* nazionale che tuteli le libertà e nel contempo legittimi le istituzioni[7], e aprirà il grande ciclo del costituzionalismo: con ciò l'Inghilterra uscirà definitivamente dall'età di mezzo (la Guerra delle Due Rose, che dissangua in modo definitivo e irrecuperabile l'aristocrazia di stampo feudale, e l'avvicendamento pacificatore della nuova monarchia Tudor sono i segni distintivi del tempo) e, muovendosi tra pensiero costituzionalistico[8] e teorie del governo misto[9], utopismo del movimento puritano e rivoluzioni antiassolutistiche, la sua classe politica produrrà la moderna forma di governo a

[6] M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna 1986, pp. 30-31. Per un ampliamento della questione si veda l'ampia ricostruzione dei termini culturali del dibattito negli illuminanti saggi di R.C. VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, cit.; e di K. DYSON, *The State Tradition in Western Europe*, Oxford 1980, ove si vedano in particolare i capitoli «Introduction: The State as Idea and Institution», pp. 1 ss., e «The Word State in the British Intellectual Tradition», pp. 186 ss.; ma anche la rassegna, W. MÜLLER - V. WRIGHT (edd), *The State in Western Europe: Retreat or Redefinition?*, London 1994.

[7] Fondamentale in materia la riflessione di J.W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford 1955.

[8] Cfr. F. WORMUTH, *The Origins of Modern Constitutionalism*, New York 1949.

[9] Cfr. L. D'AVACK, *La teoria della monarchia mista nell'Inghilterra del Cinque e del Seicento*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 1967, pp. 574 ss.

base parlamentare. Al termine di tale processo, anche il più disincantato osservatore non potrà che condividere la compiaciuta osservazione dello storico d'estrazione liberale Albert Frederick Pollard, secondo il quale «parliamentary institutions have, in fact, been incomparably the greatest gift of the English people to the civilization of the world»[10].

Ma tutto questo, nonostante il fatto che nel pensiero politico inglese sia costantemente presente la ricerca dei caratteri di una *fundamental law*, non avverrà giammai nelle Isole britanniche attraverso la scrittura di una costituzione in forma monodocumentaria, bensì attraverso il lento sviluppo delle istituzioni del *government*, prima fra tutte, appunto, l'istituzione parlamentare.

Per determinare i tratti di questa ascesa, piuttosto che considerare quel che il Parlamento inglese è, occorrerà prestare attenzione a ciò che il Parlamento fa, poiché, almeno per quanto concerne il particolare contesto della storia costituzionale dell'Inghilterra e quindi – dopo il 1707 – della Gran Bretagna, quel che più rileva ai fini della definizione del nesso parlamentarizzazione-costituzionalizzazione e della definizione del luogo e dei caratteri della supremazia costituzionale non è tanto l'esistenza *tout court* di un'assemblea parlamentare bensì l'effettivo apparato potestativo che le compete nel complesso quadro dei rapporti interorganici. Attenti osservatori stranieri del ciclo evolutivo di tale nuovo assetto, a ideale copertura dell'intera stagione che muove dalla «Gloriosa Rivoluzione» e giunge fino alla fase più avanzata del regno di Giorgio III, saranno il rifugiato ugonotto Rapin de Thoyras con la *Dissertation sur les Whigs et les Torys* (1717), il Montesquieu dell'*Esprit des Lois* (1748) e il Jean-Louis de Lolme della *Constitution de l'Angleterre, ou État du Gouvernement Anglais, comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe* (1790), i cui contributi si pongono a cavallo tra storiografia e scienza della politica. E comunque, se specificamente considerata sul versante della scrittura di testi fondamentali, la parabola del costituzionalismo anglofono con cui di fatto, anche in tale area giuridica, si pone termine all'*ancien régime*[11], non rimarrà idealmente incompiuta poiché,

[10] A.F. POLLARD, *The Evolution of Parliament*, London 1920, p. 3.

[11] Un'illuminante ricognizione del concetto di *ancien régime* applicato al caso britannico si ha nell'articolo di S. HASELER, *Britain's Ancien Régime*, in «Parliamentary Affairs», 4, 1990, pp. 415 ss., mentre per una ricostruzione delle principali tappe di passaggio dall'antico ordine alla nuova forma a politica base parlamentare cfr. G.G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*, I: *Dal medioevo inglese al 1791*, Torino 1991.

dopo aver innestato elementi di sintonia con la tradizione inglese nelle esperienze di redazione di carte costituzionali dell'età pre-federale[12] e aver suscitato il profondo interesse della comunità degli europei se è vero che risalgono al 1784 e al 1788 i saggi di Gabriel Bonnot de Mably *Le gouvernement et les lois des États Unis d'Amerique* e di Filippo Mazzei, *Recherches historiques et politiques sur les États Unis de l'Amerique Septentrionale, par un citoyen de Virginie*, essa verrà in qualche modo chiusa con gli eventi nordamericani del 1776-1791[13], e anzi, secondo un interessante punto di vista, la stessa Dichiarazione di indipendenza delle tredici colonie nordamericane può essere considerata come la terza delle grandi rivoluzioni della storia inglese[14].

Se d'altra parte per Costituzione si intende non già il singolo documento scritto avente pretese di esaustività di una rinnovata realtà giuspubblicistica – ogni carta costituzionale segna un prima e un dopo poiché ogni scrittura di carta fondamentale informa di sé uno snodo epocale e si propone nella storia come un atto profondamente politico prima ancora

[12] In tal senso si veda W.P. ADAMS, *The First American Consitutions: Republican Ideology and the Making of the First State Constitutions in the Revolutionary Era*, Chapel Hill NC 1980.

[13] È l'arco di tempo che, come è noto, vede l'avvicendarsi di tre importanti eventi d'indole costituzionale: la Dichiarazione d'indipendenza, la scrittura e ratifica della Costituzione federale, e la sua integrazione con il complesso dei primi dieci emendamenti che formano il cosiddetto *Bill of Rights* statunitense; piuttosto che limitandosi alla Costituzione in senso proprio, è con una lettura contestuale dei tre documenti – ovvero considerando il primo una sorta di grande preambolo, il secondo un momento organizzativo della forma di governo, e il terzo quella parte che in genere tutte le altre Costituzioni scritte pongono al loro esordio in quanto identificativa di una dimensione primaria della forma di Stato – che consiglia di articolare l'approccio alla scrittura costituzionale degli Stati Uniti. Per un inquadramento generale della questione da parte della più accreditata dottrina italiana si vedano la pregevole relazione di N. MATTEUCCI, *La Costituzione Americana e il moderno costituzionalismo*, esposta al convegno «La Costituzione statunitense e il suo significato odierno, 1787-1987», Bologna 27-29 maggio 1987, e il saggio di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, 2 voll., Torino 1998, I: *La Costituzione liberale*. Cfr. anche J.R. STONER Jr., *Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes and the Origins of American Constitutionalism*, Lawrence KS 1992; gli scritti di John Adams raccolti nella rassegna *Rivoluzioni e costituzioni*, Napoli 1997, con introduzione di F. Mioni; e il tuttora insuperato saggio di H. ARENDT, *On Revolution*, New York - London 1963, in traduzione italiana con il titolo *Sulla rivoluzione*, Milano 1996, con introduzione di R. Zorzi.

[14] Questo non arbitrario accostamento si evince dal tenore complessivo degli interventi raccolti nel volume collettaneo da J.G.A. POCOCK (ed), *Three British Revolutions: 1641, 1688, 1776*, Princeton NJ 1980; ma si veda anche J.P. REID, *Constitutional History of the American Revolution*, Madison WI 1997[2].

che come un documento giuridico[15] – bensì l'affermazione di un intero complesso di effettive istituzioni di governo che, nel superamento dell'ordinamento medievalistico retto dalla prerogativa regia, siano dotate di interconnessioni sufficientemente organiche e di poteri definiti in cui si esauriscono le funzioni costituzionali che loro competono secondo il tradizionale schema della separazione dei poteri[16] (tra queste istituzioni l'assemblea legislativa e il delinearsi in essa di tendenze e di schieramenti politici è posta a ricoprire, come in effetti ricopre secondo le concezioni, appunto, 'liberali' dei moderni, un ruolo egemone[17]), allora è solo con la prima rivoluzione secentesca, la rivoluzione puritana, che tale ruolo sembra essere delineato con caratteri di considerevole modernità[18]. Esso sarà in seguito messo definitivamente a punto, dopo i decenni della Restaurazione (ovvero in una temperie in cui il precedente dell'unica carta costituzionale mai tentata in Inghilterra, l'*Instrument of Government* del *Commonwealth* repubblicano di Oliver Cromwell, è considerato un riprovevole incidente del passato, e in cui l'assolutismo degli Stuart conosce una nuova stagione sicché sembra che il calendario della storia possa essere senz'altro riportato all'indietro[19]), con gli eventi della «Gloriosa Rivoluzione» del 1688-1689 e con le sue durature acquisizioni costituzionali[20].

[15] Si pongano a confronto su tale questione le riflessioni di P. POMBENI nel contributo *Cultura politica e legittimazione della Costituzione* e di A. PIZZORUSSO, *La Costituzione come documento politico e come norma giuridica*, entrambi in M. FIORAVANTI - S. GUERRIERI (edd), *La Costituzione italiana*, Roma 1996, rispettivamente pp. 139 ss. e pp. 273 ss.

[16] Per un *excursus* delle principali fasi di trasformazione di tale consapevolezza cfr. L. D'AVACK, *Dal «Regno» alla «Repubblica». Studi sullo sviluppo della coscienza costituzionale in Inghilterra*, Milano 1984.

[17] Elementi a sostegno di tale considerazione si traggono – fra i tanti – da N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna 1997².

[18] Emergenti, ad esempio, dal dibattito dei parlamentaristi puritani, di cui si ha ampia traccia in M. RAVELLI (ed), *Putney. Alle radici della democrazia moderna. Il dibattito tra i protagonisti della «Rivoluzione inglese»*, Milano 1997. Uno dei fondamentali contributi storiografici in tema si ha nell'ampia rassegna tardo-vittoriana di S.R. GARDINER, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution (1625-1660)*, Oxford 1889, mentre più di recente – fra i tanti – si veda il saggio di P. ZAGORIN, *A History of Political Thought in the English Revolution*, Bristol 1997.

[19] I caratteri distintivi del periodo sono stati approfonditamente indagati, sotto i profili culturale, politico e istituzionale, nell'ampio scritto storiografico di T.G. STONE, *England Under the Restauration, 1660-1688*, London 1923.

[20] Per un aggiornato resoconto si veda l'articolo di P. NORTON, *The Glorious Revolution of 1688-9: Its Continuing Relevance»*, in «Parliamentary Affairs», 1, 1980, p. 135.

In altri termini, è a cavallo tra XVII e XVIII secolo che la moderna costituzione inglese appare dotata di tutti gli elementi della contemporaneità e pertanto dei suoi caratteri liberali[21], giacché con il *Bill of Rights* (1689, la cui intitolazione per esteso è *Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*) e qualche anno dopo con l'*Act of Settlement* (1701, estensivamente denominato *Act for the further Limitation of the Crown and better securing the Rights and Liberties of the Subject*) e vieppiù con l'autoritario *Septennial Act* (1714), da mero depositario del «potere della borsa», il Parlamento di Westminster si afferma pienamente quale organo legiferante e in veste di titolare concreto di una sovranità concettualmente e giuridicamente organizzata nella grande *corporation* pubblica del *King in Parliament*, «corpo politico del regno»[22]. È in questa fase che finalmente il Parlamento di Westminster, oltre che essere il guardiano delle finanze del Regno titolare fn dall'eta medievale del *purse power* e, insieme ai giudici, il tutore delle libertà individuali borghesi (e in quanto tale tutore anche di se stesso: dall'inizio del XVII secolo si perfezionano gli antichi privilegi del Parlamento in quanto istituzione e si delineano le garanzie a tutela dei propri componenti, in particolare dei membri della Camera dei Comuni), fa anche le leggi del Paese, con ciò misurando il profondo divario esistente tra le concezioni normative dei *tories*, per i quali fonti privilegiate (e da privilegiare) del diritto inglese sono ancora prevalentemente la convenzione e l'uso, e quelle dei *whigs*, i quali faranno più degli altri affidamento sulla *statute law* di produzione parlamentare. Si può dire che, dopo aver gestito e perfezionato per secoli il principale (ed esclusivo) movente per cui la Corona aveva promosso in Inghilterra l'istituzione parlamentare, ovvero l'esercizio del «potere della borsa», a questo potere che definiremo 'di prima generazione' se ne verrà ad aggiungere un altro 'di seconda generazione', ovvero il *law-making power*, del quale un'importante specificazione – se si tiene conto, ad esempio, dell'importanza rivestita (in ordine strettamente cronologico) dal *Bill of Rights*, dall'*Act of Settlement*, e dall'*Act of Union* anglo-scozzese nonché dal controverso *Septennial Act* – è il *constitution-making power*, in un quadro ordinamentale in cui fare le leggi e dettare i canoni dell'assetto costituzionale formano un tutt'uno. In tal senso, si

21 Si faccia riferimento in proposito all'importante riflessione di J.P. Kenyon, *Revolution Principles. The Politics of Party, 1689-1720*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, rist. Cambridge, Cambridge University Press 1990.

22 Secondo la definizione in M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna 1998, p. 58.

può dire che per effetto dell'accelerazione rivoluzionaria del 1688-1689 il Parlamento di Westminster è infine diventato in modo modernamente compiuto il legislativo del Paese.

Tuttavia, nonostante le indiscutibili affermazioni di una potestà parlamentare rispetto alla quale il Re non può più considerarsi *legibus solutus*[23], un siffatto ruolo del legislativo nell'epoca rivoluzionaria è ancora, ma per poco, embrionale. È attraverso l'affermazione dell'assemblea parlamentare bicamerale come autentica agenzia legislatrice i cui atti – e non più quelli del sovrano nonostante il discrimine tra *ordinances* e *statutes* fosse stato chiaramente stabilito fin dall'epoca di Edoardo I[24] – sono imperativi per l'intero Paese e per tutti i soggetti istituzionali ivi compresa la Corona, attraverso la specificazione del ruolo del Primo ministro nella prima età hannoveriana; e infine attraverso la determinazione in via di prassi parlamentare – e non certo per previsione astratta – del meccanismo fiduciario che legherà in modo sempre più indissolubile l'esecutivo alla maggioranza del legislativo dando un impulso alla metamorfosi delle tendenze politiche in partiti parlamentari, che si realizzerà in via molto graduale la coincidenza tra il *revolution settlement* emerso dagli eventi di fine Seicento, la costituzionalizzazione della dialettica politica e dei ruoli governo-opposizione e l'assetto delle istituzioni pre-liberali nel quadro di una statualità ancora fortemente dominata – dapprima sotto gli auspici del grande patto fra *whigs* e *tories*[25] e indi per mezzo della potente sintesi politico-costituzionale di fine secolo di cui si rende interprete il 'nuovo *whig*' Edmund Burke al quale si deve una moderna e già tutta liberale formulazione del concetto di rappresentanza politica[26] – dall'elemento ari-

[23] Una ricostruzione delle tappe più emblematiche della lunga storia dei rapporti tra monarchia e ordinamento giuridico, focalizzata intorno alla questione della responsabilità e con importanti riflessioni sulle sue trasformazioni nelle fasi rivoluzionarie, si ha nella raccolta di saggi di G. RIZZO, *La responsabilità regia e le deposizioni dei re inglesi*, Milano 1939.

[24] Su tale distinzione cfr. G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano 1981, pp. 418 ss.

[25] Si veda in argomento il saggio di J.P. KENYON, *Revolution Principles. The Politics of Party, 1689-1720*, cit.

[26] Con particolare riguardo alla questione della rappresentanza parlamentare ed ai numerosi *addresses* elettorali rivolti ai *constituents* del collegio di Bristol, si veda W.E. ELOFSON - J.A. WOODS (edd), *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, 3 voll., III: *Party, Parliament and the American War, 1774-1780*, Oxford 1996. Per utili commenti italiani, cfr. G. TAMAGNINI, *Un giusnaturalismo ineguale. Studio su Edmund Burke*, Milano

stocratico. Tale complessa metamorfosi occupa l'intero XVIII secolo, e in essa si fonda l'acquisizione del potere 'di terza generazione' dell'assemblea parlamentare: essere un *government-maker* mediante il consolidamento del nesso fiduciario mediato attraverso lo sviluppo del bipolarismo politico, dimodoché la sostanziale politicità del ruolo parlamentare si possa considerare completamente munita di tutti i crismi della contemporaneità.

Queste tre fondamentali tappe dell'evoluzione parlamentar-costituzionale settecentesca si potrebbero rispettivamente definire come gli effetti di onda breve, di onda media e di onda lunga del secolo inglese delle rivoluzioni, e in particolare della «Gloriosa Rivoluzione» del 1688-1689.

La fisionomia del Primo ministro si afferma infatti per la prima volta con il lungo periodo di regola personale di Robert Walpole, il quale regge le sorti del paese quasi ininterrottamente tra il 1721 e il 1742 creando una fitta rete di clientele parlamentari e dando un decisivo contributo al consolidamento della supremazia politica del partito *whig*[27]; nel 1746 la definitiva sconfitta sul campo dei lealisti giacobiti in Scozia pone fine alle residue ipotesi di guerra civile e trasferisce definitivamente l'opposizione politica nelle aule parlamentari; e infine la clamorosa caduta del ministero di Lord North per espressa *no confidence* parlamentare delinea nel 1782, sebbene in negativo (ovvero perché a un certo punto essa viene a mancare, e non in quanto positivamente dichiarata) ma non per questo in modo meno efficace, la categoria della fiducia che dà fondamento al potere di governo; nel contempo, come conseguenza di tale evento, la funzione di leale opposizione al governo in carica si affranca dai tradizionali sospetti di incostituzionalità. Con quest'ultima vicenda parlamentare, dalla quale dopo qualche incertezza scaturisce, sotto la guida di Pitt il Giovane, il primo esecutivo a base solidamente monopartitica, si è giunti a poco meno di un secolo dalla «Gloriosa Rivoluzione», l'antica configurazione

1988; e N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano 1991, mentre un saggio che può aiutare a ricostruire i fondamenti burkeani del pensiero conservatore britannico è M. FREEMAN, *Edmund Burke and the Critique of Political Radicalism*, Oxford 1980.

27 Cfr. B. WILLIAMS, *The Whig Supremacy, 1714-60*, Oxford 1939, e in seguito G. RUDÈ, *Collusion and Convergence in 18th Century English Political Action*, in «Government and Opposition», 3, 1966, pp. 511 ss.; P. SEDGWICK (ed), *The House of Commons, 1716-1760*, London 1970; P. LANGFORD, *The Excise Crisis: Society and Politics in the Age of Walpole*, London 1975; J. BLACK (ed), *Britain in the Age of Walpole*, London 1984; e, dello stesso autore, *Robert Walpole and the Nature of Politics in Early Eighteenth-Century Britain*, London 1990.

aristocratica della forma costituzionale[28] è in via di progressivo superamento, e il ciclo della parlamentarizzazione sembra ormai compiuto nei suoi elementi essenziali. A ciò va aggiunto che le grandi unificazioni parlamentari, ovvero la già menzionata unione anglo-scozzese del 1707 e quella britannico-irlandese del 1800-1801, la prima sorta da un accordo sostanzialmente pattizio tra le classi dirigenti dei due regni, la seconda forzosamente portata a termine dal ministero *tory* di Pitt il Giovane nell'illusione di porre termine allo stato insurrezionale dell'isola (che da allora in poi si cronicizzerà per riprendere vigore, dopo i tragici eventi della grande carestia, con le istanze ribellistiche dei Feniani e con le rivendicazioni degli *home rulers* di fine Ottocento[29]), definiscono il quadro del completamento dell'apparato costituzionale ponendo in primo piano la pregnanza della questione subnazionale a fronte del tentativo di dare fondamento al moderno concetto di nazione britannica, e ponendo le premesse di ulteriori sviluppi costituzionali che stavolta possiamo definire d'onda lunghissima; tali gli sviluppi della nozione di *home rule* in età tardo-vittoriana e della sua edizione più aggiornata che trova il compimento riformatore in quella nozione di *devolution* che infine s'è realizzata nelle recentissime riforme del 1998-1999 e nelle nuove prospettive parlamentari che si stanno delineando a Edimburgo, a Cardiff e – seppure con considerevoli problemi attuativi – nello *Stormont* nordirlandese[30].

Nondimeno, se guardiamo a un'altra variabile non meno significativa in relazione alla quale si suole a ragione commisurare l'evoluzione costituzionale di un paese, la lettura del formante della costituzione in Inghilterra deve essere significativamente retrodatata.

28 Sui cui tratti distintivi si veda, nell'opera storiografica di C. RHYS LOVELL, *English Constitutional and Legal History*, New York 1962, il capitolo 11 «The Aristocratic Constitution», pp. 415 ss.

29 Una prima fase dei critici rapporti tra Gran Bretagna e Irlanda, che possono definirsi in sintesi come rapporti di *status* costituzionale che hanno origine nella questione inerente al regime della tolleranza socio-religiosa e dei diritti civili, si ha nel periodo che precede e ricomprende l'unificazione, allorché l'originario impegno britannico di rispettare le istituzioni parlamentari dell'isola viene clamorosamente smentito dall'*Act of Union*: si veda in argomento la monumentale opera collettanea in otto volumi N. LEE (ed), *The Catholic Question in Ireland, 1762-1829*, Bristol 2000; e lo studio di F. PLOWDEN, *The History of Ireland, from Its Union with Great Britain, in January 1801, to October 1810*, 3 voll., Bristol 2001.

30 Cfr. A. TORRE, *'On devolution'. Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, in «Le Regioni», 2, 2000, pp. 203-340, in particolare pp. 330 ss.

Se infatti la costituzione è la «tecnica delle libertà», o – come il legista Bracton affermava sotto il regno di Enrico III – la *constitutio libertatis*, e se è vero che, come il costituzionalismo inglese delle origini affermava con convinzione, il compito primario di una *constitution* o di una *fundamental law* (i due termini, nelle concezioni dell'epoca sono pressoché dei sinonimi[31]) deve essere la composizione del conflitto apparentemente insanabile tra il potere e le libertà, tra le istituzioni del *government* nazionale e le molteplici sfere delle autonomie individuali e dei gruppi, tra il *Leviathan* e la società civile, allora – come s'è accennato – è all'epoca della celebrata *Magna Carta Libertatum*, che invero fu stilata in una fase nella quale il Parlamento era ancora del tutto assente dai luoghi della rivendicazione politica, e all'itinerario delle sue *confirmationes* e delle successive scritture dei diritti degli Inglesi che va fatta risalire, nel principale comprensorio storico delle Isole britanniche, l'esistenza di una dimensione che in qualche misura si può e deve considerare costituzionalizzata, tant'è vero che si può sostenere con convinzione che nella carta delle libertà si trova il nucleo scritto di una costituzione non scritta[32], o che nell'esperienza della scrittura delle libertà si ravvisa l'elemento che dà concretezza storica a una forma costituzionale altrimenti «inesistente»[33]. Ma non è questa la sede per dare impianto a un discorso sul valore fondante in chiave costituzionale delle libertà individuali, le quali pure storicamente non possono non essere collocate alla genesi dell'istituto parlamentare stesso giacché non nei baroni autori della *Magna Carta* bensì nei *commoners* che avrebbero di seguito formato la parte rappresentativa del Parlamento vanno individuati i soggetti politici che in diverse epoche storiche hanno ostinatamente riaffermato il valore e la cogenza assoluta delle libertà di fronte alle pretese della prerogativa regia (si pensi ad esempio alla *Petition of Right* del 1628, e allo stesso *Bill of Rights* e al coevo *Claim of Rights* scozzese del 1689, che sono i documenti fondanti, al di qua e al di là del confine tra i due regni all'epoca ancora separati, della «Gloriosa Rivoluzione», ovvero di un evento la cui culla fu un'aula parlamentare e non il campo di battaglia, e che per l'attenzione riservata alle libertà George

[31] Per un'ampia disamina dell'argomento si faccia riferimento alla lezione di C.H. McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, New York 1947, in traduzione italiana con il titolo *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia 1956, a cura di V. de Caprariis, e indi Bologna 1990, rist. 1998, a cura di N. Matteucci.

[32] R. Ducci, *La posizione degli organi costituzionali britannici nella dottrina e nella prassi*, in «Foro Amministrativo», 57, parte I, sez. II, 1982, pp. 848 ss., e in particolare p. 852.

[33] Ciò in risposta alle tesi critica di F.F. Ridley, *There Is No British Constitution: A Dangerous Case of the Emperor's Clothes*, in «Parliamentary Affairs», 3, 1988, pp. 340-361.

Macaulay Trevelyan, tra i più ispirati interpreti degli eventi del 1688-1689, suggeriva di ridenominare la «Sensible Revolution»[34]).

Ai fini del punto in esame si può pertanto ragionevolmente assumere il lungo decorso evolutivo del sistema parlamentare settecentesco come il luogo concreto di stabilimento dell'equazione «parlamentarizzazione = costituzionalizzazione» che ha formato l'oggetto del primo quesito, sicché nel mentre stesso in cui dichiarava che la Gran Bretagna non aveva una vera e propria costituzione – la quale «peut changer sans cesse, ou plutôt elle n'existe point» – Alexis de Tocqueville non trovava difficoltà nell'individuare nella funzione legiferante e costituente del Parlamento il vero elemento di realtà di un dato costituzionale altrimenti irriducibile entro i canoni del sistematico approccio del giuspubblicista di cultura europeo-continentale[35].

È noto che, successivamente al *Bill of Rights*, nessun'altra carta delle libertà verrà mai scritta in Inghilterra e indi nel Regno Unito: per quanto riduttivo possa essere il considerare tale affermazione dei diritti, che idealmente chiude il ciclo di produzione delle carte delle libertà in territorio britannico almeno fino alla recente adozione dello *Human Rights Act* del 1998[36], uno strumento di legislazione parlamentare, essa è inequivocabilmente un Atto del Parlamento, che i Comuni e i *Lords* emanano in forza del primato acquisito con gli eventi della pacifica rivoluzione di fine Seicento e che sotto tale forma possono imporre alla monarchia, condizionando all'accettazione delle libertà del regno la stessa ascesa al trono dello *Staathouder* olandese Guglielmo d'Orange, e aprendo la via verso quella trasformazione dell'organicismo medievale in moderno individualismo che ha traghettato l'Inghilterra verso i lidi del liberalismo[37]. Giunge così a compimento un

[34] G.M. TREVELYAN, *The English Revolution*, London 1938, p. 7; l'opera del grande storico britannico è disponibile anche nella traduzione italiana curata da C. PAVESE con il titolo *La rivoluzione inglese del 1688-89. Origini della democrazia parlamentare*, Torino 1945, e oggetto di tre ristampe fra il 1964 e il 1970 per i tipi del Saggiatore. Sul tema si veda anche il più sintetico saggio storiografico di D.L. JONES, *The Parliamentary History of the Glorious Revolution*, London 1988.

[35] Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, a cura di A. GAIN, Paris 1951, pp. 147-148.

[36] Per un aggiornato resoconto di questa importante vicenda legislativa dell'epoca neolaburista si veda l'articolo di G.F. FERRARI, *La Convenzione europea e la sua 'incorporation' nel Regno Unito*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 1, 1999, pp. 125 ss.

[37] È una transizione su cui si è soffermato M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino 1995², pp. 28 ss.

antico processo di osmosi tra libertà e assemblea parlamentare: se infatti fin dal XIII secolo esisteva in Inghilterra un legame diretto fra l'evento assolutamente preparlamentare della *Magna Carta* (o, più precisamente, delle sue conferme regie) e il consolidamento del Parlamento stesso, alla fine del Seicento il Parlamento, in un certo qual modo, conclude il ciclo plurisecolare proclamando a sua volta le libertà degli Inglesi e con ciò sanziona di fatto quell'egemomia del proprio ruolo costituzionale la cui definitiva dogmatizzazione sul piano giuridico verrà realizzata nella tarda età vittoriana (1885) con la *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* di Albert Venn Dicey.

Questi, in estrema sintesi, gli elementi di cui consiste la *Constitution* inglese alla fine del XVII secolo: prima che lo sviluppo della sistema di governo «a Primo ministro» e le sue successive evoluzioni ne accelerino le ulteriori metamorfosi determinando le moderne configurazioni della *premiership*[38], essa si identifica con il *revolution settlement* emerso dal grande patto politico-istituzionale dei *whigs* e dei *tories*, e forma un quadro completamente parlamentarizzato quando in Francia l'estrema personalizzazione del potere definisce invece i caratteri dello Stato assoluto.

La seconda questione che ci si è posti in via preliminare verte sul concetto di «età liberale», e quindi anche su quello, che più interessa ai fini del discorso che si sta sviluppando, di «istituzioni liberali». In sintesi, quali sono le coordinate entro le quali muove il liberalismo inglese?

Per comune convinzione, l'apoteosi politica del movimento liberale in Gran Bretagna si ha negli anni che si avvicinano alla metà dell'Ottocento quando, con l'abolizione (1846) delle *Corn Laws* che costituivano il maggiore ostacolo residuo all'instaurazione del libero mercato, viene operata la congiunzione tra princìpi del liberismo economico e istanze del liberalismo politico; con il raggiungimento di tale importante traguardo legislativo cessa l'attività della Lega di Manchester come attivo gruppo di pressione riformatore (il cui appassionato interprete liberale sarà l'Archibald Prentice della *History of the Anti-Corn Law League*, data alle stampe nel 1853) e se ne ha una trasformazione in circolo di pensiero liberale. Non si tratta comunque di un vero e proprio *revirement* del sodalizio, né tanto meno di un repentino svuotamento della sua missione: i contributi degli utilitaristi che si erano battuti per il libero mercato continueranno a permeare profondamente le tesi socioeconomiche e politico-costituzionali

[38] Su cui si veda il pregevole intervento di G. CARAVALE, *Il governo del premier nell'esperienza costituzionale del Regno Unito*, Milano 1997.

della media età vittoriana, almeno fino a quando non sarà il liberalismo gladstoniano, con le sue vaste concezioni riformiste, a rendersi finalmente promotore dell'autentica svolta in quella concezione britannica dei rapporti fra Stato e sistema socio-economico che per circa un cinquantennio era stata dominata dalle logiche del *laissez faire*. Ma, affinché si realizzasse l'agognata eliminazione delle artificiali barriere protezionistiche che proteggevano il mercato delle derrate alimentari e garantivano i privilegi della classe dei proprietari terrieri, una fondamentale ristrutturazione della Camera dei Comuni s'era resa necessaria qualche anno prima: per questo, nella ricerca delle coordinate dell'età liberale di cui s'è detto, è necessario fare un piccolo passo indietro e riferirsi al 1832, anno della prima riforma elettorale introdotta con il *Great Reform Act*.

Il significato del «grande atto di riforma», ossia della riforma liberale per eccellenza che informa di sé tutte le successive evoluzioni del secolo, può essere considerato sotto almeno tre differenti punti di vista.

In primo luogo, una lettura liberista dell'Atto del 1832 (la quale può sembrare molto riduttiva dell'ampia portata costituzionale di questa legge, ma è aderente alle concezioni dei riformatori della Lega di Manchester) pone in evidenza che la riforma è solamente una fase intermedia del percorso di affermazione del liberalismo economico.

Per superare l'opposizione della proprietà fondiaria e dei *Lords* in merito alle proposte abolizioniste risalenti al lungo periodo di isolamento commerciale e costituzionale del Regno Unito nell'epoca della Rivoluzione francese, della campagna iberica di Wellington e delle guerre napoleoniche, non occorreva niente di meno che una revisione della composizione della Camera dei Comuni. In altri termini, solo immettendo nel primo ramo del Parlamento di Westminster un buon numero di rappresentanti dell'industrialismo, e ponendo altresì le regole elettorali e le premesse politiche affinché tale rappresentanza si accrescesse sempre più in tempi ragionevolmente brevi, sarebbe stato possibile non solo avere ragione della potente *lobby* protezionistica nell'aula parlamentare dei Comuni e in essa rimuovere gli ostacoli dibattimentali e politici che si opponevano all'abolizione delle *Corn Laws*, ma anche ridurre all'obbedienza la Camera dei *Lords*, autentico baluardo della conservazione. La si può definire una lettura 'strumentale' del *Great Reform Act*, la cui importanza non si valuterebbe *ex se* o in relazione al quadro costituzionale, bensì in riferimento alle più dirette prospettive di rinnovamento degli equilibri del sistema produttivo della Gran Bretagna industriale che i suoi promotori intravedevano dal 1830 in poi. Del resto, come regola intrinseca del sistema

evolutivo anglo-britannico, nessuna riforma è mai introdotta sulla base di teorie filosofiche o di considerazioni razionali e astratte che precedono la costruzione di una nuova realtà concepita negli schemi dottrinali di singoli revisori del sistema o di gruppi di essi, bensì in diretta e pragmatica risposta ai concreti quesiti che si delineano nella realtà dei fatti. Pertanto, come la massima parte delle sue consorelle del XIX secolo, la legge del 1832 è un tipico elemento dell'approccio utilitaristico che si riassume nella categoria del *problem solving*, e non già l'espressione di un riformismo disancorato dai fatti.

In secondo luogo, con l'eliminazione dell'arcaico fenomeno dei *rotten boroughs* (per l'occasione, nel 1832, ben sessantacinque seggi parlamentari vengono redistribuiti alle città industriali le quali in tal modo guadagnano una più moderna rappresentanza) e l'abbassamento della soglia censitaria per l'esercizio del suffragio (essa viene portata all'età di ventun anni e a un censo di dieci sterline annue), il *Great Reform Act* produce un deciso avanzamento della democrazia parlamentare e, ciò si può ben dire, della democrazia in senso lato nell'intero sistema di governo.

In verità, sotto tale profilo, sarebbe un'ingenuità discorrere già nel 1832 dell'affermazione di una democrazia matura in Gran Bretagna, giacché nonostante l'impatto della grande riforma e pur le istanze politiche fondamentalmente aristocratiche del secolo precedente avendo concesso molto terreno alla rappresentanza della *middle class* (con il 1832 l'elettorato giunge a oltrepassare la soglia dei settecentomila elettori, su una popolazione maschile di circa undici milioni), la Camera dei Comuni non si discosta ancora molto dalla sua tradizionale configurazione che è espressiva degli equilibri di uno Stato monoclasse[39]; e d'altra parte è con una certa cautela che è consigliabile valutare la sincerità del *commitment* democratico di buona parte dei riformatori dell'epoca, in Gran Bretagna così come del resto nella multiforme realtà del continente europeo[40]. Ma di certo il *Great Reform Act* è un momento di evidente impatto seminale se già tre anni dopo, con il *Municipal Corporations Act*,

[39] Secondo l'accezione di cui discorre ampiamente M.S. GIANNINI in *Il pubblico potere*, cit., pp. 35 ss.; si veda, per un'analisi più approfondita del meccanismo rappresentativo negli anni del dibattito sulla riforma del Parlamento e della riforma in atto, D. WAHRMANN, *Imagining the Middle Class. The Political Representation of Class in Britain, c. 1780-1840*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

[40] Un'ampia panoramica della questione nelle sue diverse forme storiche è nell'accurato saggio di S. MASTELLONE, *Storia della democrazia in Europa. Dal XVII al XX secolo*, Torino 1993[2].

la creazione in tutta la Gran Bretagna di consigli municipali in gran parte elettivi segnerà una tappa fondamentale – anche in questo caso la prima – della democratizzazione degli enti tradizionalmente attivi nella seconda dimensione istituzionale del Regno, ovvero di quelle agenzie del *local government* che fin dal medioevo operavano quali principali ed effettive interlocutrici amministrative del Parlamento e delle istituzioni nazionali[41], e il cui potenziamento istituzionale era stato alla base della nascita della stessa Camera dei Comuni. Se considerato sotto il profilo degli effetti democratici che produce nell'ambito dell'intero sistema di governo, allora l'Atto del 1832 va incontro a un evidente processo di metagenesi dei fini, in ciò condividendo l'intrinseca natura della *Magna Carta Libertatum* la quale, redatta in origine dai baroni come documento feudale, è diventata la grande capostipite delle carte delle libertà degli Inglesi e degli Americani[42]. Una terza lettura si può definire d'indole più esplicitamente costituzionale.

La riforma del 1832, fortemente voluta dallo schieramento *whig* di Lord Grey, porta a compimento un lungo processo di ristrutturazione della forma costituzionale, o meglio si direbbe una lunga serie di tentativi di riforma del Parlamento che non coinvolgono la sua struttura istituzionale bensì la sua composizione rappresentativa e, in ultima analisi, politica. La sequenza era iniziata già nell'ultimo quarto del XVIII secolo, e infatti per oltre sessant'anni la riforma della rappresentanza era stata intesa come riforma della Camera dei Comuni, e a sua volta la riforma della Camera dei Comuni come un sinonimo di riforma costituzionale *tout court*, in ciò trovando piena conferma la posizione di un potere parlamentare che si incardinava nel cuore delle istituzioni nazionali. Stando alle concezioni che i 'nuovi *whigs*' di metà e fine Settecento[43] nutrivano in merito alla ri-

41 Per un'analisi di tale fisionomia in relazione ai diversi ordini di *local authorities* si vedano, oltre all'agile studio di B. KEYTH-LUCAS, *The Unreformed Local Government System*, London 1980, il fondamentale saggio storiografico di K.B. SMELLIE, *A History of Local Government*, London 1968; e ancor prima, sotto la diretta influenza della storiografia gneistiana, J. REDLICH - F.W. HIRST, *Local Government in England*, London 1903. Per quanto concerne la dottrina italiana d'impianto liberale, si vedano i due volumi di P. BERTOLINI, *Il governo locale inglese e le sue relazioni con la vita nazionale*, Torino 1899.

42 Sul punto un'efficace ricostruzione del percorso del documento medievale si ha in E.S. CORWIN, *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law*, Cambridge MA 1928-1929, in traduzione italiana con il titolo *L'idea di «legge superiore» e il diritto costituzionale americano*, Vicenza s.d. (1963).

43 Burke incluso, il quale tuttavia, aderendo ai programmi del circolo di Rockingham, esaltava il carattere genuinamente aristocratico della riforma; in ciò, così come d'altronde

forma parlamentare, argomento onnipresente nell'agenda delle opposizioni fin dalla metà del secolo – modificare il Parlamento equivaleva senza mediazione alcuna a riformare la *Constitution* della Gran Bretagna intesa nel suo assetto complessivo: null'altro, sotto il regno hannoveriano di Giorgio III, era considerato necessario per modernizzare l'apparato di governo[44], e a tale argomento aveva prestato il suo (sostanzialmente inascoltato) contributo lo stesso Jeremy Bentham con l'edizione, nel 1817, del *Plan of Parliamentary Reform*, importante saggio preceduto nel 1798 dai *Democratic Principles Illustrated by Example* di William Cobbet e seguito nel 1821 dall'*Essay on Government* di James Mill. L'avvicendarsi di interventi dottrinali di tanto rilievo (ma pressoché illimitata, come è facile immaginare, è la letteratura riformista dell'epoca) testimonia del profondo interesse per la questione della modernizzazione dell'assemblea parlamentare, e cionondimeno circa una dozzina di *bills* di riforma presentati in Parlamento erano stati sistematicamente osteggiati dalle forze

in seguito nella valutazione della Rivoluzione francese, egli dissentiva aspramente dai radicali capeggiati da Fox; si veda in proposito il capitolo «Reform Movements» in J.W. DERRY, *Politics in the Age of Fox, Pitt and Liverpool. Continuity and Transformation*, London 1990, pp. 82 ss.; per una ricostruzione dei caratteri complessivi della politica e del riformismo dell'epoca si vedano anche, del medesimo J.W. DERRY, *The Regency Crisis and the Whigs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1963; e inoltre H.C. MANSFIELD, *Statemanship and Party Government: A Study on Burke and Bolingbroke*, Chigago IL 1965; L.G. MITCHELL, *Charles James Fox and the Disintegration of the Whig Party*, Oxford 1971; I. KRAMNICK, *Bolingbroke and His Circle: The Politics in the Age of Walpole*, Cambridge MA 1975[2]. Un'interessante e agile raccolta di frammenti bolingbrokiani si ha in E. CAPOZZI (ed), *Bolingbroke – Sul Governo*, Napoli 1997. Un interessante contributo italiano sulle evoluzioni della forma di governo dell'epoca si ha nell'ottocentesco studio di C. MENCHE DI LOISNE - D. MICONIO, *Il governo e la costituzione della Gran Bretagna nel diciottesimo secolo. Studio storico*, Firenze 1869.

[44] Va in proposito rammentato che, alla fine del XVIII secolo, non era questa la posizione unanime dei gruppi politici inglesi e anche di importanti *leaders* parlamentari come Fox: rivoluzionari e alternativi progetti di instaurazione di un nuovo ordine politico erano stati formulati dai circoli giacobini, e dalle *corresponding societies* che ne erano le emanazioni negli anni della Rivoluzione francese, ma tali progetti vennero posti definitivamente nel nulla dall'azione repressiva dei governi di Pitt il Giovane e dei suoi successori, e ancor più dalle negative risposte storiche proveniente dal Terrore e dall'evoluzione imperiale del caso francese. Tra le più vivaci *corresponding societies* dell'epoca, si ricordino la *Revolution Society*, formalmente riunitasi nel 1788 per celebrare la memoria della «Gloriosa Rivoluzione» parlamentare ma di fatto impegnata contro quello che era da essa considerato senza mezzi termini il regime dispotico di Giorgio III; la *Society for Constitutional Information* nata nel 1791, che seguiva la falsariga dei *clubs* rivoluzionari francesi con i quali entrò in diretto contatto; la *Corresponding Society* animata da Thomas Hardy; e l'aristocratica *Society of People's Friends*, istituita nel 1792 e della quale fece parte il giovane Charles Grey.

conservatrici e, qualora approvati per via della formazione di contingenti maggioranze che ai Comuni simpatizzavano con i programmi dei riformatori, invariabilmente respinti dai Pari.

Pertanto, sotto tale profilo, il 1832 si sarebbe rivelato l'autentico momento risolutivo di una lunga campagna per la riforma *ab intra* del sistema fondato sulla rappresentanza parlamentare e sulle rudimentali ma efficaci regole maggioritarie pure, le quali tuttavia non sono scalfite dalla riforma né lo saranno in seguito[45]. Sarà infatti minacciando lo stravolgimento della camera alta, da attuarsi mediante una cospicua infornata di Pari di fede governativa[46], che i *Lords*, i quali per ben tre volte avevano negato la loro approvazione ad altrettanti *Reform Bills*, e il Duca di Wellington, *leader* dell'opposizione *tory*, saranno costretti alla resa. In tal modo Charles Grey, in gioventù membro della più aristocratica delle *corrisponding societies* londinesi e dal 1830 alla guida di una nuova maggioranza *whig* salita al potere di governo dopo ben ventitré anni di opposizione, riuscirà a varare la riforma[47], avviando una profonda trasformazione della prima camera di Westminster e nel contempo instaurandone la fattuale egemonia sulle ceneri di quella monarchia mista che, a partire dalle grandi teorizzazioni cinquecentesche di Sir John Fortescue (autore del *Governance of England* e del *De Laudibus Legum Angliae*), aveva conosciuto un tentativo di riabilitazione nelle fallimentari velleità di *personal rule* di Giorgio III nella fase intermedia del suo lungo regno (1760-1820).

Queste tre letture della più importante riforma dell'Ottocento non sono semplici sfumature della questione costituzionale, poiché ne configurano altrettanti aspetti essenziali. Infatti, a seconda del punto di vista che si pre-

[45] Quello basato, in sintesi, sul congegno del *first-past-the-post* è un sistema elettorale che non è mai stato sostanzialmente riformato, e che anzi all'inizio del Novecento è stato reso uniforme in tutto il territorio del Regno eliminando, ad esempio, le residue *multimember constituencies*, le rappresentanze delle grandi Università inglesi, e altri scampoli di particolarismo elettorale diffusi nel territorio. Sul punto cfr. R. BLACKBURN, *The Electoral System in Britain*, London 1995, in particolare nel capitolo «The Electorate: Voters and Voting», pp. 66 ss.

[46] Un modo di agire che sarebbe stato riutilizzato, tornando molto utile e perfino determinante per superare l'acerrima opposizione dei Pari nei confronti delle determinazioni legislative della Camera dei Comuni, dal gabinetto liberale di Asquith per risolvere la drammatica crisi intercamerale del 1909-1911; esso è espressivo del trasferimento della funzione di *patronage* sovrano, di lontana origine feudale e un tempo ad esclusiva disposizione del monarca, nella sfera potestativa del Primo ministro e di altri importanti ministri di Stato quale il *Lord Chancellor* che lo esercita nei riguardi delle alte magistrature.

[47] Cfr. E.J. EVANS, *The Great Reform Act of 1832*, London 1983.

sceglie, il *Great Reform Act* appare come il punto intermedio della campagna per l'instaurazione del liberismo economico, il momento inaugurale della democratizzazione del sistema politico britannico o la tappa finale di un processo di riforma parlamentare iniziato nel secolo precedente; di esso dirà Alexis de Tocqueville nel settembre 1833 che ha avviato nella Gran Bretagna dell'epoca un processo d'indole rivoluzionaria[48]. Ma queste tre versioni non si escludono affatto a vicenda: in realtà la riforma del 1832, vero atto plurifunzionale e – per così dire – «a geometria variabile», assomma in sé tutte e tre le fisionomie.

Se si guarda invece ad un'altra dimensione della realtà liberale, ovvero alla complessa fenomenologia della rivoluzione industriale, occorre fare un salto indietro di non meno di un'ottantina di anni rispetto alla riforma liberale del 1832, e forse anche oltre. Infatti in Inghilterra così come in Scozia[49] le prime manifestazioni della rivoluzione industriale, con tutti gli innesti di potenzialità pre-liberali che tale gigantesco mutamento del sistema produttivo nazionale ha recato con sé, datano fin dalla metà del XVIII secolo[50], tant'è che risalgono al 1776 l'edizione dublinese della *Inquiry into the Nature and Caused of the Wealth of the Nations* (ma un dato ancora più interessante è che il primo abbozzo della fondamentale opera dell'illuminista di Kircaldy risale a diversi anni prima, ovvero pressappoco al 1763, anno in cui egli concludeva i suoi corsi di filosofia morale nell'Università di Glasgow[51]) e al 1798 l'*Essay on the Principle of Population* di Malthus. A voler ben vedere, la collocazione dei prodromi della liberalizzazione anglo-britannica si può ulteriormente retrodatare poiché è ben noto come, ponendo l'accento sulla nozione di *property* e sull'importanza

48 Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio in Inghilterra*, a cura di S. MAZZIOTTI DI CELSO, Napoli 1998, pp. 52 ss.; ampie annotazioni in argomento sono in S. DRESCHER, *Tocqueville and England*, Harvard MA 1964. Sugli effetti del 1832 in Scozia cfr. J.F. MCCAFFREY, *Scotland in the Nineteenth Century*, Basingstoke 1998, pp. 30 ss.

49 Per una sintesi delle tappe salienti dell'intero processo nei due grandi comprensori industriali delle Isole britanniche, cfr. R.M. HARTWELL, *The Industrial Revolution and Economic Growth*, London 1971, in traduzione italiana con il titolo *La rivoluzione industriale inglese*, Roma - Bari, 1973 e 1976; E.A. WRIGLEY, *Continuity, Chance and Change. The Character of the Industrial Revolution in England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, rist. Cambridge, Cambridge University Press 1993; e C.A. WHATLEY, *The Industrial Revolution in Scotland*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

50 Su tale fase genetica dell'industrializzazione inglese si veda G. MORI, *La rivoluzione industriale. Economia e società in Gran Bretagna nella seconda metà del XVIII secolo*, Milano 1974^2, con articolata appendice bibliografica di grande utilità orientativa.

51 E se ne ha anche una traduzione italiana con il titolo *La ricchezza delle nazioni. Abbozzo*, a cura di V. PARLATO, Torino 1959.

della società civile quale luogo del costante controllo sull'operato delle istituzioni come la si evince dai *Two Treatises of Government*, il contributo di John Locke – ma soprattutto le appropriazioni di interi spezzoni del suo pensiero, che sotto l'egida del contrattualismo verranno incluse nei rispettivi punti di vista dai *whigs* e dai *tories* loro antagonisti[52] – abbia largamente disseminato di elementi pluralistici ed embrionalmente liberali le concezioni del *revolution settlement* emerso dalle vicende del 1688-1689, mentre la grande sintesi dell'Illuminismo scozzese di Hume, Smith, Ferguson, Campbell, Horne, Pratt e altri, fino ad arrivare in altre latitudini alle tesi dell'indisciplinato allievo oxfordiano di Blackstone, il Jeremy Bentham autore nel 1789 della positivista *Introduction to the Principles of Moral and Legislation* e dell'*Essay on Political Tactics*, getterà in seguito un ponte fra lo spirito dell'industrialismo britannico e le grandi correnti culturali dell'Europa continentale.

Queste piste di analisi, che in apparenza servirebbero a introdurre preliminarmente la tematica che si intende trattare, costituiscono di per sé altrettante risposte. È pertanto il momento di un sintetico riepilogo intermedio.

Come in una sorta di gioco delle scatole cinesi, le retrodatazioni che sono state operate consentono di mettere in evidenza la condizione di costante implosione del dato costituzionale britannico, che evolve senza visibili cesure e secondo progressi gradualistici e spesso impercettibili, come per l'intero arco del XVIII secolo. Infatti, come il *Bill of Rights* è il frutto di un incessante riepilogo delle libertà risalenti in origine alla *Magna Carta* e forse anche a qualche oscura precedente proclamazione, così nel nucleo storico del Parlamento ottocentesco e della forma di governo di gabinetto dell'esperienza liberale è dato infatti trovare, senza soluzione di continuità, il Parlamento della forma pura settecentesca dal quale traggono origine la fisionomia del Primo ministro e il vincolo fiduciario, e, nei suoi recessi più intimi, il Parlamento della monarchia costituzionale tratteggiata dalla «Gloriosa Rivoluzione» e fortemente permeata di contrattualismo e di pluralismo delle formazioni e delle libertà dei singoli. Allo stesso modo, quasi seguendo una spirale che si avviluppa su se stessa, al fondo dell'età liberale ottocentesca si ritrovano, andando a ritroso rispetto all'epoca dell'abolizione dei vincoli protezionistici, alla riforma elettorale del 1832 e alla fortunata campagna della Lega di Manchester, lo scontro tra l'*esta-*

52 Cfr. l'ampio studio di M.H. KRAMER, *John Locke and the Origins of Private Property. Philosophical Explorations of Individualism, Community and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

blishment parlamentare e le tesi dei 'nuovi *whigs*' (che nel tema della riforma parlamentare ha un suo importante *leitmotiv*), la rielaborazione del concetto di *civil society* e del sistema pluralistico, la valorizzazione in senso individualistico delle categorie lockeane, il tutto – come venne diffusamente ricostruito da T.H.B. Oldfield nei sei volumi della poderosa *Representative History of Great Britain and Ireland* del 1816 – sul vasto sfondo della rivoluzione industriale.

Almeno tre le chiavi di lettura che si possono in questa sede selezionare per l'esame della questione, e per lo sviluppo delle quali la strumentazione dello storico delle istituzioni e dei movimenti politici non risulta essere meno probante di quella del giuspubblicista.

La prima farà riferimento alla legislazione prodotta dal Parlamento, e si baserà pertanto su una ricognizione delle fonti; la seconda terrà presenti i protagonisti politici e i principali circoli culturali che animano il processo legislativo e il confronto tra le forze partitiche[53]; e la terza porrà in evidenza i rapporti con le altre istituzioni, secondo i caratteri di un quadro costituzionale complesso. Ma poiché si sta trattando del ruolo di un'istituzione parlamentare non nata, come Minerva dal cranio di Giove, già completamente formata da un testo costituzionale, bensì frutto di un processo evolutivo e influenzata dal primato della *politics*, queste tre letture non potranno essere tenute separate bensì andranno valutate nelle loro intersezioni. Come s'è detto, un Parlamento conta soprattutto per quel che fa, ovvero per la sua effettiva produzione legislativa e, in un quadro di cooperazione tra poteri come è quello di ogni forma di governo a base parlamentare, per i nessi che lo collegano ad altre istituzioni del *government* mediante il vincolo fiduciario: in ciò è l'essenza del parlamentarismo dell'epoca liberale britannica.

[53] Un'efficace rassegna di tali contributi personali allo sviluppo della prassi parlamentare e della cultura politica del periodo vittoriano si ha nell'opera di A. BRIGGS, *Victorian People. A Reasssessment of Persons and Themes, 1851-1867*, Harmondswoth 1990², e si vedano anche G. HIMMELFARB, *Victorian Minds*, London 1968; e I. BRADLEY, *The Optimists: Themes and Personalities in Victorian Liberalism*, London 1980; e, per un esame dei principali esponenti della politica parlamentare nell'epoca che separa l'abolizione delle leggi sul grano dalle riforme gladstoniane, K.T. HOPPEN, *The Mid-Victorian Generation, 1846-1886*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Un *reference book*, di semplice impianto, ma molto utile a scopi di rapida documentazione, è E. HELLICAR, *Prime Ministers of Britain. From Robert Walpole to James Callaghan*, Newton Abbot 1978, mentre un *reader* di scritti che illustra alcuni contributi indicativi della tradizione di pensiero dell'età liberale inglese (Acton, Bagehot, Bright, Chamberlain, Churchill, Cobden, Gladstone, Green, Hobhouse, Hobson, Macaulay, Lloyd George, Stuart Mill, Morley, Palmerston, Ritchie, Russell) è, a cura di O. BARIÈ, *I liberali vittoriani*, Bologna 1961, anche con sintetiche schede biografiche.

Fin dalla redazione nel 1689 dell'*Act for removing and preventing all Questions and Disputes concerning the Assembling and Sitting of the Present Parliament*, la questione della legiferazione parlamentare, una volta posto fuori gioco il potere normativo del monarca, non è solo la discriminante fra le diverse concezioni giuridico-costituzionali dei *tories* e dei *whigs* (il che non impedirà ad entrambe le tendenze di votare all'unanimità, nel 1723, l'ultrarepressivo *Black Act*[54], con il quale si combatterà efficacemente ogni forma di dissenso giacobita), ma anche formerà occasione di innumerevoli schermaglie interpretative ed esegetiche fra il Parlamento e le Corti di *common law*[55].

Nell'età liberale, tuttavia, ricomposti tali dissidi storici entro il quadro della democrazia borghese e dell'equilibrio costituzionale che ne è l'espressione, la produzione della *statute law* configura, insieme all'affermazione delle dinamiche del bipolarismo politico, il principale fronte di esposizione dell'istituzione parlamentare; per il costituzionalista e per lo storico delle istituzioni, l'analisi di tale produzione e dei motivi di confronto politico che ne sono alla base è un ricco giacimento di informazioni sul modo con cui l'assemblea di Westminster ha interpretato il proprio ruolo costituzionale lungo l'intero corso del XIX secolo.

Come s'è già avuto modo di osservare con qualche dettaglio a proposito del *Great Reform Act* del 1832, la legislazione elettorale, riproponendo la tradizionale concezione della riforma del suffragio come riforma dell'istituto parlamentare e dell'intero assetto costituzionale, occupa una posizione di assoluto rilievo nell'ambito della costruzione dello Stato liberale britannico[56].

54 Un fondamentale contributo storiografico che affronta in modo molto accurato questo singolare caso legislativo è il saggio di E.P. THOMPSON, *Whigs and Hunters. The Origins of the Black Act*, London 1975 e Harmondsworth 1977, in traduzione italiana con il titolo *Whigs e cacciatori. Potenti e ribelli nell'Inghilterra del XVIII secolo*, Firenze 1989, con introduzione di E.F. BIAGINI.

55 Numerosi riferimenti in tema sono nel saggio di R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, in traduzione italiana con il titolo *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, a cura di M. ASCHERI, Milano 1991.

56 Per un esame contestuale dei tre grandi momenti riformatori del XIX secolo si veda, soprattutto per quanto riguarda le posizioni parlamentari e latamente politiche a confronto, il ben documentato studio di J.B. CONACHER (ed), *The Emergence of British Parliamentary Democracy. The Passing of the Reform Acts of 1832, 1867, and 1885-1885*, New York - London 1971. Con più vasto e classico impianto, un testo di base in argomento è C. SEYMOUR, *Reform in England and Wales, 1832-1885*, New Haven CT 1915.

Tecnicamente rientranti nella categoria dei *Representation of the People Acts*, ma nel lessico corrente denominati *Reform Acts* a indicare come le revisioni della franchigia elettorale fossero, appunto, nella prospettiva dell'evoluzione del parlamentarismo del XIX secolo, le riforme per eccellenza, questi importanti Atti del Parlamento scandiscono le grandi fasi di trasformazione dei rapporti politici e sistematicamente preludono a importanti trasformazioni della forma di governo. La sequenza inizia, come s'è visto, con il 1832. Il rilievo di tale legge, oltre che per quanto precedentemente detto sotto tre diversi punti d'osservazione – affermazione del libero mercato; avanzamento della democrazia; riforma della *Constitution* ampiamente intesa –, si commisura anche sul piano del corrente linguaggio legislativo, poiché se nel 1832 si approva un *Great Reform Act*, i successivi (1867 e 1884) non potranno che definirsi il *Second* e il *Third Reform Act*, con ciò rimarcandone la diretta consequenzialità, mentre il ciclo si concluderà infine con il *Representation of the People Act* del 1918, introduttivo del suffragio universale maschile (e con ciò l'epoca del parlamentarismo liberale si porrà considerare idealmente conclusa).

Le tre riforme ottocentesche saranno inoltre il grande banco di prova delle strategie delle due maggiori tendenze politiche del tempo: se infatti l'atto del 1832 è l'espressione dello sfondamento finalmente portato a termine dagli ultimi esponenti dello schieramento dei «nuovi *whigs*» nei confronti dell'antico regime asitrocatico e fondiario, la riforma del 1867 sarà promossa dal ministero conservatore di Edward George Stanley, Conte di Derby, nel quale è già ampiamente evidente il protagonismo di Benjamin Disraeli[57], mentre quella del 1884 verrà attuata sotto l'egida del secondo gabinetto Gladstone (1880-1885), di netta impronta liberale.

Il riferimento a tali strategie contrapposte ma fondamentalmente complementari si può correttamente interpretare alla luce dell'affermazione in Parlamento, già nella seconda metà del secolo ovvero in seguito alla grande svolta operata dal gabinetto di coalizione di Lord Aberdeen (1852-1885), delle logiche della *adversarial politics* e – come si vedrà nella parte conclusiva di questa trattazione – della considerevole personalizzazione della *leadership* maggioritaria e di governo, ma anche della necessità di includere nel quadro della politica rappresentativa nuovi strati sociali per guadagnarne progressivamente la deferenza nei confronti delle istituzioni

[57] Ciò entra in risalto negli studi di F.B. SMITH, *The Making of the Second Reform Bill*, Cambridge, Cambridge University Press 1966 e di M. COWLING, *Disraeli, Gladstone and Revolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1967.

liberali[58], ovvero di dare solido impianto a quello che verrà definito il *liberal consensus*.

Infatti, al di là di ciò che tali atti indubbiamente rappresenteranno in termini di progresso democratico – nel 1867, per impulso *tory*, la franchigia verrà estesa all'aristocrazia operaia; nel 1884-1885 saranno nuovamente i liberali a estendere la base del suffragio, concedendo il voto ai lavoratori delle campagne –, ciascuno dei partiti promotori della riforma, nell'intento di consolidare il proprio appello elettorale e quindi il proprio potere parlamentare, tenderà a conferire il diritto di accesso alla franchigia alle classi subalterne che formano la più immediata base sociale, con tutto quanto ne consegue in termini di diretta conflittualità, del partito opposto, in tal modo sottraendo – almeno nel breve termine – o tentando di sottrarre una quota di elettori ai propri avversari. Una conferma di tali strategie politico-elettorali – le quali in realtà si riveleranno piuttosto delle tattiche, e delle tattiche vincenti solo nel breve periodo, giacché le alternanze relativamente regolari dei due partiti al potere di governo dimostreranno che nessuno dei due si avvantaggerà stabilmente delle estensioni del suffragio in precedenza promosse non solo per favorire le proprie posizioni ma, come s'è detto, soprattutto per danneggiare le «rendite di posizione» dello schieramento antagonista – si ha nel terzo momento riformatore del XIX secolo: infatti, in linea con la politica riformista inaugurata nel 1832, queste riforme seguono un andamento binario, incidendo sul censo elettorale e ridefinendo i confini delle *constituencies*.

Sotto tale profilo l'età tardo-vittoriana conosce un andamento più complesso delle altre, a testimonianza del fatto che lo scontro parlamentare tra i nuovi schieramenti partitici, che nel frattempo si sono dati nuove denominazioni e strutture più adeguate ai tempi e ai nuovi allineamenti programmatici (i *tories* assumeranno la configurazione di un *Conservative and Unionist Part*; dal canto loro, eclissati i *whigs* come forza parlamentare attiva, i loro ideali eredi sotto la guida di Gladstone[59] e sotto la direzione concreta del dinamico Joseph Chamberlain che procederà a una generale

[58] Senza dire dell'elaborazione bagehotiana del concetto di *deference*, l'evolversi di tale orientamento politico e di governo è stato analizzato approfonditamente nel saggio di D.C. MOORE, *The Politics of Deference. A Study of the Midnineteenth-Century English Political System*, Hassocks 1976.

[59] Sui rapporti tra ideali *whig* e liberalismo tardo-vittoriano, cfr. T.A. JENKINS, *Gladstone, Whiggery and the Liberal Party, 1874-86*, Oxford 1988, e M. BARKER, *Gladstone and Radicalism*, Hassocks 1975.

organizzazione del partito[60], assumeranno definitivamente il nome di *Liberal Party*[61]), ha acquisito le caratteristiche di un confronto più ravvicinato per la conquista dell'egemonia a Westminster e nei ministeri di Whitehall. La fase riformatrice va infatti scomposta in tre momenti: i primi due, configurati dal *Third Reform Act* propriamente detto e da un *Representation of the People Act* (adottati rispettivamente nel 1884 e nel 1995), sono di iniziativa liberale, ovvero ispirati dal secondo ministero Gladstone (1880-1885), e il terzo si individua nell'adozione di un nuovo *Representation of the People Act* del 1888, promosso dall'amministrazione conservatrice di Lord Salisbury (nel suo secondo ministero, in carica dal 1886 al 1992); quel che conta sottolineare è che, mentre l'atto del 1884 incide ancora una volta sull'allargamento dei criteri censitari, gli strumenti del 1885 e del 1888 tornano a operare altrettanti ritagli delle circoscrizioni elettorali secondo le logiche dell'*adversarial politics* precedentemente accennate. Mentre nel 1872 il *Ballot Act*, introducendo il regime di segretezza del voto[62], porrà termine a un lungo dibattito (che, ad esempio, ha visto contrapposti Stuart Mill e Walter Bagehot) circa la natura del suffragio e le condizioni del suo libero esercizio, con gli interventi riformatori del 1885 e del 1888, tuttavia, le parti si invertono, poiché entrambi gli schieramenti tentano di consolidare il loro appello politico non più tra i serbatoi sociali potenzialmente più critici verso i rispettivi antagonisti, bensì fra gli elettori che formano la propria base sociale: così i liberali nel 1885 attribuiranno il suffragio non ad aree rurali ma a nuovi distretti industriali, ove ormai ben consolidata è la cooperazione tra i gladstoniani e le organizzazioni operaie, e lo stesso verrà fatto nel 1888 dai *tories* nelle campagne che ancora resistono alle pressioni dell'industrialismo e alle ondate migratorie interne, ma la storia ha dimostrato che in realtà il vero beneficiario di tali trasformazioni sarà il movimento operaio, che nel giro di pochi anni, dopo aver ottenuto la legittimazione delle orga-

60 Su tale importante ruolo dell'uomo politico liberale un contributo molto utile si individua senz'altro in P. POMBENI, *Ritorno a Birmingham. La 'nuova organizzazione politica' di Joseph Chamberlain e l'origine della forma partito contemporanea (1874-1880)*, in «Ricerche di storia politica», 1, 1988, pp. 37 ss.

61 Cfr. J. VINCENT, *The Formation of the Liberal Party, 1857-68*, London 1966.

62 Nel sistema tradizionale la candidatura in una *constituency* elettorale si concretizzava attraverso una *nomination* pubblica che veniva accettata per alzata di mano da parte di un – invero ancora ristretto – collegio di elettori: in caso di candidatura unica, tale acclamazione implicava l'immediata elezione del parlamentare, mentre in caso di candidature concorrenti si faceva ricorso all'elezione formale mediante il sistema maggioritario del *first-past-the-post*, ma anche stavolta in forma pubblica e pertanto, nella maggioranza dei casi, con esposizione dei votanti all'approvazione o al ludibrio della folla convenuta.

nizzazioni sindacali, darà vita alla sua organizzazione elettorale. D'altra parte in quest'ultimo scorcio di secolo, mentre nell'interno dello schieramento dei liberali si profila il divario tra gladstoniani e imperialisti, lo stesso partito *tory* è conscio delle trasformazioni democratiche in atto e della necessità che, pur senza cedere su alcuni punti di politica generale che si considerano vitali per la stessa sopravvivenza del Regno come struttura unitaria (come si vedrà, in una posizione di assoluto rilievo va collocata la questione della *home rule* in Irlanda), il partito offra al Paese e soprattutto a se stesso, visto l'impatto del dissenso interno organizzato intorno alla *Primrose League* di Randolph Churchill e di Henry Drummond-Wolff, un'immagine e soprattutto dei programmi politici di maggior apertura alle istanze del presente – di tale evoluzione[63] saranno espressione i ministeri presieduti nel 1885-1886, 1886-1892 e 1895-1902 da Lord Salisbury nella sua qualità di esponente di massimo rilievo del nuovo corso conservatore[64].

Con il conseguimento delle condizioni di libero mercato (che si realizzano, nel giugno 1846, con l'abolizione delle *Corn Laws* promossa dal ministero di Robert Peel), il Parlamento segna una tappa importante per l'istaurazione di un regime perfettamente liberale, e ciò imprime un ulteriore impulso al progresso dell'industrializzazione, ad essa aggiungendo l'elemento dell'imperialismo economico, politico e infine anche militare[65]. I due ministeri liberali di Lord Palmerston (1855-1858 e 1859-1865) segnano un'epoca, per così dire, intermedia, nella quale il senso spesso trionfalistico di *self confidence* della classe politica britannica nelle virtù delle proprie istituzioni parlamentari e della *Constitution* evolutiva, sotto

63 Su tale processo evolutivo si veda ad esempio il saggio di B. COLEMAN, *Conservatism and the Conservative Party in Nineteenth Century Britain*, London 1988; e non va trascurato l'interessante studio di F. CAMMARANO, *Strategie del conservatorismo britannico nella crisi del liberalismo. «National party of common sense» (1885-1892)*, Manduria - Bari - Roma 1990.

64 Su tale emblematica personalizzazione del conservatorismo di fine secolo cfr. A.L. KENNEDY, *Salisbury, 1830-1903: Portrait of a Statesman*, London 1953; e R. BLAKE - H. CECIL (edd), *Salisbury: The Man and His Policies*, London 1987; ma soprattutto P. SMITH (ed), *Lord Salisbury and Politics*, Cambridge, Cambridge Univerity Press, 1972; e P. MARSH, *The Discipline of Popular Government: Lord Salisbury's Domestic Statecraft*, Hassocks 1978.

65 Cfr. M.E. CHAMBERLAIN, *«Pax Britannica?». British Foreign Policy, 1789-1914*, London 1989; e si vedano anche i tre volumi di B. PORTER, *The Lions's Share. A Short History of British Imperialism, 1850-1995*, London 1996, anche se un contributo storiografico di particolare rilievo è lo studio di E.J. FEUCHTWANGER, *Democracy and Empire: Britain, 1865-1914*, London 1985, in traduzione italiana con il titolo *Democrazia e impero. L'Inghilterra fra il 1865 e il 1914*, Bologna 1989.

tale riguardo contrapposta in via ideale agli eventi tedeschi (nel 1848-1849 era sostanzialmente fallita l'esperienza parlamentare liberale della *Paulskirche* di Francoforte, dal che gli sviluppi dell'egemonia prussiana) e francesi (colpo di stato di Luigi Napoleone e instaurazione del Secondo Impero), fornisce la base per lo sviluppo dell'espansionismo nella politica estera e nel commercio internazionale, e per l'apertura di una nuova stagione colonialistica). Sebbene la *Palmerston age* coincida, sul fronte interno, con il maggior fulgore del liberismo, non mancano da parte del Parlamento le sensibilità per minime, ma non irrilevanti, sortite nel campo del sistema produttivo.

Di contro alle politiche severamente antisindacali, e di converso antiassociative[66], che in nome della tutela della libertà d'impresa avevano caratterizzato i governi da Pitt il Giovane (1783-1801 e 1804-1806) in poi (si ricordino in proposito il famigerato *Combination Act* del 1799, il suo omonimo del 1800 e la cinquantina di altri interventi legislativi che reprimevano in modo draconiano le *combinations* operaie[67], fino ai durissimi *Six Acts* promossi nel 1819 dal gabinetto del *tory* Robert Banks Jenkinson, meglio noto come Lord Liverpool, che fu in carica tra il 1812 e il 1827), diversi sarebbero stati gli interventi miranti, da un lato, ad attenuare il rigore della legislazione vigente, e, dall'altro, a introdurre più umane condizioni di lavoro nel settore della produzione industriale. Non si tratterà certamente di incisivi interventi parlamentari nella dimensione della *free enterprise*, ma di numerosi tentativi di prevenire, soprattutto sotto il profilo umanitario e sotto l'influenza degli attivi circoli filantropici che operavano nel campo della società civile e dell'opinione pubblica, le più preoccupanti manifestazioni collaterali del regime di libera organizzazione dell'impresa.

Da qui la sequenza dei *Factory Acts*, promossi dai ministeri *whig* nella prima metà del secolo (il primo dei quali risale al 1833 ad opera del ministero Grey: con esso si proibiva l'impiego nelle fabbriche di minori d'età inferiore ai nove anni; all'attenzione del ministero Russell si deve un secondo *Factory Act* del 1847, limitativo dell'impiego femminile a dieci

[66] Si veda in argomento A. TORRE, *Le associazioni tra pubblico e privato. Il caso britannico*, in *Le associazioni tra pubblico e privato. Una rimeditazione sul tema*, Atti del Seminario internazionale, Napoli 30 maggio 1994, Bari 1996, pp. 17 ss.

[67] Cfr. D.F. MACDONALD, *The State and the Trade Unions*, London 1976², pp. 17 ss., e in chiave più analitica l'articolo di M.D. GEORGE, *The Combination Laws Re-Considered*, in «Economic History», 1926-1929, pp. 214 ss.; il saggio di Sir F. TILLYARD, *The Worker and the State*, London 1948; e i contributi sulla storia del primo sindacalismo raccolti nella rassegna a cura di A. ASPINALL, *The Early English Trade Unions*, London 1949.

ore giornaliere[68]), ai quali un'importante risposta verrà data, sul versante delle rivendicazioni operaie, dal Cartismo[69].

Il 1848, come si sa, è un anno fertilissimo in tutta Europa per quanto concerne l'avanzamento del movimento liberale e le acquisizioni costituzionali: in Francia, la rivolta della prima *Comune* parigina determina la caduta della monarchia orleanista e l'avvento della Seconda Repubblica di tipo presidenziale; in Germania, la riunione nella Paulskirche di Francoforte dapprima del *Vorparlament* e indi della costituente pangermanica segna un momento significativo dell'impegno liberale per l'unificazione, ma anche una cesura dell'evoluzione liberale delle istituzioni dell'area; in Austria e in Ungheria i moti liberali preludono a un'importante metamorfosi della struttura plurinazionale dell'Impero che in seguito produrrà l'evoluzione in senso dualistico della monarchia e maggiori concessioni sul piano costituzionale; la guerra civile del *Sonderbund* produce in Svizzera la nascita della moderna organizzazione federale, la quale verrà sanzionata con successive stesure costituzionali; e in Italia la concessione dello Statuto Albertino segna la prima significativa tappa del Risorgimento, ma soprattutto l'inizio di un autentico cammino costituzionale che in breve coinvolgerà l'intera penisola.

L'apparente staticità del quadro britannico, caratterizzato nell'intero secolo non già da grandi manifestazioni epocali bensì da una *constitutio semper reformanda* per cui può perfino sembrare che nell'agitato 1848 nulla accada al di là della Manica giacché tutto il possibile è accaduto nel 1832, vede nella pur breve parabola del movimento cartista, che in tale anno si giunge a concludere la sua esperienza per dare nuova vita all'arcipelago delle *trade unions*, un'importante svolta nei rapporti tra Stato, mercato e organizzazioni del mondo del lavoro. L'importanza della questione si

68 Sui progressi di questo settore della legislazione sociale si veda il capitolo «The Factory Question» in D. FRASER, *The Evolution of the British Welfare State. A History of Social Policy Since the Industrial Revolution*, London 1987, pp. 11 ss.

69 Per un accurato resoconto sul ruolo di tale movimento si vedano, da un'amplissima letteratura, A.R. SCHOYEN, *The Chartist Challenge*, London 1958; A. BRIGGS (ed), *Chartist Studies*, London 1959; D. GOODWAY, *London Chartism, 1838-1848*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; F.C. MATHER (ed), *Chartism and Society: An Anthology of Documents*, London 1982; E.J. EVANS, *The Forging of the Modern State. Early Industrial Britain, 1783-1870*, London 1985, pp. 225 ss.; J. SAVILLE, *1848: The British State and the Chartist Movement*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990. Per il caso scozzese cfr. A. WILSON, *The Chartist Movement in Scotland*, Manchester 1970; e, per il Galles, cfr. R. WALLACE, *'Organise! Organise! Organise!' A Study of Reform Agitations in Wales, 1840-1886*, Cardiff 1991. Per quanto concerne la storiografia italiana, sia sufficiente rammentare L. DE ROSA, *Storia del Cartismo*, Milano 1953.

deve valutare non solo sul piano politico o socioeconomico, ma anche per quanto di costituzionale essa implica per lo spirito dell'epoca soprattutto sotto il profilo delle libertà fondamentali.

Dagli originari rigori dei *Combination Acts* di fine Settecento, dei *Six Acts* del 1819, e dei *Treason and Sedition Acts* del 1795 e 1799 (questi ultimi in particolare introdotti per colpire le *corresponding societies* giacobine e i circoli insurrezionali irlandesi, ma buoni anche per porre freno all'attività delle *combinations* operaie mediante un impiego estensivo delle sanzioni connesse alle gravi ipotesi di reato ivi configurate, così come nella metà del XVIII secolo era stato fatto con il *Black Act*), la legislazione industriale dei *whigs* configura infatti, oltre che un'evidente concessione allo spirito del filantropismo, una replica sul piano legislativo agli orientamenti delle Corti di *common law* che, per loro conto, da inflessibili applicatrici delle severe misure repressive si erano trasformate in critiche interpreti di norme legislative che la stessa sensibilità comune considerava, pur in un'epoca di pieno fulgore delle concezioni liberiste che imponevano atteggiamenti di strenua difesa della libertà d'impresa, palesemente ingiuste. E d'altra parte le repressioni governative delle *combinations*, e in seguito delle unioni operaie, avevano prodotto una trasformazione di tali aggregazioni in sodalizi più innocui ma non meno efficaci sotto il profilo della capacità di organizzare i lavoratori dell'industria, quali le *friendly societies* e le organizzazioni del mutuo soccorso, cui tuttora compete una posizione di primario rilievo nello scenario britannico dell'associazionismo.

Di certo il movimento cartista, sulla base del fondamentale contributo di Robert Owen, che nel 1821 pubblica a Glasgow il suo *Report to the County of Lanark*, e delle istanze contenute nel *People's Charter* stilato nel 1837 dalla *London Working Men's Association*, non si propone esplicitamente come un movimento costituzionale né la Carta che dà nome al movimento stesso è in senso proprio una Carta delle libertà. Tuttavia la portata, per così dire 'costituzionale' del *People's Charter* e delle sue rielaborazioni si rende sempre più evidente nel periodo compreso tra il 1839-1840 (riunioni della *National Convention* operaia a Londra e a Birmingham; costituzione della *National Charter Association*, che giungerà a oltre cinquantamila aderenti nel 1842) e il 1848 (massima manifestazione del movimento a Kennington Common, autoscioglimento, e arresto di alcuni suoi esponenti: l'esperienza ha fine, ma da essa sorge il *Trade Union Movement*). Tale portata si può valutare principalmente sulla scorta del fatto che le petizioni dei Cartisti, che emergono nella fase più matura del movimento e configurano il più importante documento dei diritti con un impianto esplicitamente classista mai attuato in Gran

Bretagna, presentano formali prospezioni costituzionali che implicano un sovvertimento degli assetti tradizionali del *government* britannico, e che non possono lasciare indifferente l'interprete degli eventi della metà del secolo[70]. Sul versante dei diritti, se ne deduce infatti l'idea di una «nuova cittadinanza» che intende proporsi come complementare rispetto alle libertà borghesi (sotto tale riguardo la *People's Charter*, più che in reale antitesi, si pone a completamento del *Bill of Rights*)[71], mentre le radicali proposte di riforma costituzionale, secondo le formulazioni enucleate nel 1838 da W. Lovett e Place (le quali troveranno una forma più compiuta nell'edizione del 1840 del saggio-manifesto *Chartism. A New Organization of the People, Embracing a Plan for the Education and Improvement of the People*, propongono il suffragio universale, l'eliminazione delle *property qualification* per l'esercizio della franchigia elettorale, la formazione di collegi elettorali di eguali dimensioni, la durata annuale del Parlamento, la retribuzione dei deputati e la segretezza del voto).

Con queste formulazioni, prima ancora che le *Corn Laws* siano abrogate e che, pertanto, il libero mercato venga instaurato, la *People's Charter* pone una seria ipoteca sul futuro, dando un segno di tre essenziali capacità delle organizzazioni operaie: quella di reagire prontamente rispetto alle innovazioni indotte dal *Great Reform Act*; quella di prevedere gli scenari futuri che conseguiranno alla realizzazione degli aggressivi programmi del liberismo industriale, opponendovi una nuova forma di democrazia elettorale di massa (ma a tale proposito occorre non dimenticare come tali scenari fossero stati ampiamente prefigurati dai numerosi scritti degli utilitaristi[72]); e infine quella di prefigurare pressoché tutti gli avanzamenti democratici che con gradualità verranno realizzati in Gran Bretagna nel corso degli ottant'anni a venire.

Ciò spiega perché, piuttosto che passare inosservate, le petizioni dei cartisti producono una notevole risonanza in Parlamento e in questa sede vengono sottoposte a un serrato dibattito: la cronache parlamentari danno ampio

[70] Si veda in argomento J. SAVILLE, *1848. The British State and the Chartist Movement*, cit.

[71] Una lucida esposizione dei caratteri di tale alternatività è nel pensiero dei coniugi Webb, il cui contributo intellettuale è stato di assoluto rilievo nell'epoca del laburismo nascente. Per un'agile rassegna delle principali tematiche trattate in argomento dai fondatori della London School of Economics and Political Science si veda la raccolta di testi, S. WEBB - B. WEBB, *Democrazia industriale. Antologia degli scritti*, a cura di G. BERTA, Roma 1994, e introduzione di G. GIUGNI.

[72] Sul pensiero dei quali un contributo classico è nei tre volumi dell'opera di L. STEPHEN, *The English Utilitarians*, Bristol 1993, ed. orig. 1900.

risalto ai memorabili confronti del 1839 e del 1842, ma le ripercussioni di tali fervide battaglie nell'assemblea di Westminster avranno, come si vedrà, effetti di medio termine di considerevole impatto sulle istituzioni.

In tali occasioni la *People's Charter* è oggetto di commenti sostanzialmente favorevoli da parte dei conservatori i quali, pur non condividendone le più avanzate richieste costituzionali, ne accettano lo spirito soprattutto perché in esso intravedono l'occasione per esercitare il loro tradizionale paternalismo a fronte degli abusi che essi ritengono siano stati perpetrati contro il popolo della Gran Bretagna industriale dalla nuova classe dirigente emersa dalla riforma elettorale del 1832. Per quanto invece concerne i *whigs* al potere con il ministero di Lord Melbourne e in seguito con Russell, viene espresso un netto, comprensibile dissenso; e una volta assunta la massima responsabilità di governo (1846), lo stesso John Russell, pur disposto a rendersi promotore di limitati interventi correttivi come avverrà con il già menzionato *Factory Act* del 1847, si esprime nettamente contro le richieste di allargamento del suffragio avanzate dagli operai. Mentre nel 1845 Engels pubblica a Lipsia il suo *Die Lage der arbeitenden Klasse in England. Nach eigener Anschauung und authentischen Quellen*, e nel 1846 Mazzini diffonde, sulle pagine del *People's Journal* londinese il suo scritto *Democracy in Europe*, le diverse petizioni operaie presentate alla Camera dei Comuni vengono sistematicamente respinte, ma – tornando alla presa di posizione dei *tories* – un'efficace sintesi della questione si segnala in tale frangente da parte di Benjamin Disraeli, la cui positiva opinione in merito alle istanze espresse per mezzo della *People's Charter*, e alle impegnative aperture riformiste che vi sono ipotizzate in alternativa alle tesi borghesi degli industriali, trae fondamento dalla ferma convinzione, del resto molto diffusa nell'ambito dello schieramento conservatore, che le riforme dei liberali abbiano portato al potere una nuova *ruling class* non rispettosa delle necessità reali dei ceti sociali subalterni.

Se dal dibattito parlamentare il Cartismo esce sconfitto, l'incidenza sempre più ridotta delle nuove crisi cicliche del sistema economico inglese (1857 e 1866) e l'elevato tasso di sviluppo della produzione industriale (è stato documentato che in tale torno di tempo l'espansione non si realizzerà solo nel settore tessile, ma anche in quello minerario e della meccanica: nel ventennio tra il 1850 e il 1872, per esempio, l'esportazione di carbone moltiplica per ben cinque volte il suo valore, e per quattro volte quella di macchinari, specialmente nel settore ferroviario[73]) assegna un prestigio sempre

[73] Per un'analisi delle conseguenze politiche di tale crescita si veda quanto esposto in A.L. MORTON - G. TATE, *Storia del movimento operaio inglese*, Roma 1974², pp. 104 ss.;

crescente agli stati superiori della classe operaia e alle sue organizzazioni afferenti al movimento tradeunionistico, e sulla diretta scorta di tale nuova realtà, nonché dei precedenti stabiliti con i dibattiti parlamentari sulle *Petitions* dei Cartisti, il confronto fra individualismo liberale e populismo '*tory* darà sintesi alle idee poste alla base del *Second Reform Act* del 1867. Di questa riforma, come s'è visto, è un convinto fautore lo stesso Benjamin Disraeli[74].

Pertanto, se esaminato sotto il duplice profilo dell'avanzamento del suffragio e dell'evoluzione politico-sociale del Paese, il *Reform Act* del 1867 è un importante punto di confluenza di istanze riformiste che provengono da diversi ambiti, e che hanno trovato un punto di confronto nell'esperienza del Gabinetto di coalizione presieduto tra il 1852 e il 1855 da Lord Aberdeen, vero crogiuolo di futuri talenti di governo tra i quali ha rilievo la presenza di Gladstone, Palmerston e Lord Russell, e momento di svolta della politica parlamentare (da allora in poi si può dire che i *whigs* non saranno più tali, il loro posto venendo occupato dai liberali).

In primo luogo, le vicende parlamentari che conducono alla seconda grande trasformazione elettorale del sistema britannico danno ampio risalto al fatto che anche lo schieramento dei conservatori – abbandonato il pervicace attaccamento alle tradizioni del passato che aveva informato di sé il periodo di governo di grandi *tories* come il Duca di Wellington[75] – è profondamente compartecipe dello spirito riformistico della media età vittoriana, e anzi ne è un soggetto promotore di primo piano. Pur restando quello conservatore sostanzialmente un partito di *property and privilege* sistematicamente organizzato per conquistare e tenere saldamente le posizioni di governo, e non certo per riformare le istituzioni se non entro i limiti di un cauto restauro (appunto) 'conservativo', chiunque intenda esaminare con cognizione di causa la natura della sua politica parlamentare dell'epoca dovrà dunque superare la tradizionale immagine della conservazione inglese come forza partitica e sociale radicalmente ostile ad ogni avanzamento dell'assetto istituzionale, e la cui azione politico-legislativa

e un importante contributo all'approfondimento della complessa tematica si ha in E.J. HOBSBAWM, *Labouring Men. Studies in the History of Labour*, London 1964, in traduzione italiana con il titolo *Studi di storia del movimento operaio. Classi lavoratrici e rivoluzione industriale nell'Inghilterra del secolo XIX*, Torino 1973, rist. Torino 1978.

[74] Cfr. P. SMITH, *Disraelian Conservatism and Social Reform*, London 1967.

[75] L'ampio saggio di P. JUPP, *British Politics on the Eve of Reform. The Duke of Wellington's Administration, 1828-30*, London 1998, documenta in modo molto dettagliato i caratteri di tale ciclo di governo.

sia caratterizzata dall'assenza di programmaticità e dalla qualificazione 'in negativo' delle politiche attuate.

Se con Moisei Ostrogorski, attento e a volte caustico osservatore russo dell'evoluzione elettorale e costituzionale (il che, come s'è detto, è la stessa cosa: i due volumi della sua *Democracy and the Organization of Political Parties* del 1902 ne sono un'ampia dimostrazione) della Gran Bretagna liberale[76], si può essere d'accordo nel rilevare che per l'intera età vittoriana l'espressione «democrazia» resta impronunciabile nei salotti della *ruling class* di entrambe le tendenze (e pertanto anche in quelli dei *tories* che all'astratto amore per l'ideale democratico sostituiscono un atteggiamento di paterno affetto per le classi subordinate, le quali peraltro nelle campagne otterranno il suffragio solo con le riforma gladstoniana del 1884-1885), poiché anche nell'epoca in cui si precisano i congegni che sovrintendono alle forme del *representative government* la costituzione britannica resta pur sempre improntata alla compresenza di caratteri democratici e di caratteri aristocratici[77], è tuttavia certo che da Disraeli in poi il riformismo conservatore, che si doterà di apposite organizzazioni stabili, si rivela essere una forza motrice primaria nel quadro di una *Constitution* tutt'altro che statica[78].

Sotto tale riguardo il populismo conservatore si proporrà in modo esplicito come l'ideale controparte del filantropismo liberale. Se le influenze umanitaristiche della filantropia, partendo dalle innumerevoli aggregazioni della società civile ed entrando nell'*humus* ideologico di numerosi governanti come ad esempio si può dire del liberale Gladstone nei suoi rapporti con il Movimento di Oxford impegnato per il rinnovamento della *Established*

[76] Di M.Y. OSTROGORSKI si vedano i quattro saggi, pubblicati tra il 1912 e il 1913 su una rivista scientifica russa e raccolti sotto il titolo collettivo di *L'evoluzione della Costituzione inglese nel corso dell'ultima metà del secolo*, attualmente disponibili nell'agile volumetto *La Costituzione inglese*, a cura di G. QUAGLIARELLO, Napoli 1998; per una ricostruzione delle categorie fondamentali del pensiero dell'eminente giurista e politologo russo si veda l'ampio studio del medesimo G. QUAGLIARELLO, *La politica senza partiti. Ostrogorski e l'organizzazione della politica tra '800 e '900*, Roma - Bari 1993.

[77] Su questo percorso interpretativo dualistico si sofferma il saggio di B. MANIN, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

[78] Tale importante *commitment* dei conservatori è illustrato con dovizia di argomenti nel saggio di J. LAWRENCE, *Speaking for the People. Party, Language and Popular Politics in England, 1867-1914*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998; ma si veda anche la riflessione di M. PUGH, *The Tories and the People*, Oxford 1985.

Church anglicana[79], troveranno ampio spazio negli accesi dibattiti parlamentari che precedono la riforma del 1867 come elementi di correzione del nuovo sistema basato sul libero mercato, sull'individualismo competitivo e sul ruolo «minimo» dello Stato[80], l'approccio contrapposto dei conservatori opererà come un elemento di ostinata critica di tale tendenza e si orienterà nel senso della rivalutazione dei valori della tradizione e dell'armonia tra le classi, con il risultato che da tale fondamentale dialettica deriverà un ulteriore stadio di estensione del suffragio, e con esso un passo decisivo verso quella condizione di inclusività di nuove classi – o parti elevate di esse – all'interno del sistema rappresentativo e dell'ordine sociale sul quale si fonda, già nel 1867 anno di prima edizione della *English Constitution* di Walter Bagehot, quella nozione di *deference* che, facendo presa su un alto senso di identificazione[81], caratterizza la popolazione britannica e, all'interno di questa, la sua parte costituzionalmente attiva che si identifica nell'elettorato ammesso all'esercizio del suffragio.

Come s'è detto, rispetto al 1832, anno del *Great Reform Act*, il 1867 assume in modo più consapevole le caratteristiche di un fecondo crocevia culturale. Se infatti si accetta l'interpretazione che ne ha dato Asa Briggs[82], e ovviamente senza destituire di fondamento la legge del 1832 che è tutt'altro che di minor significato nel quadro dell'evoluzione parlamentare dell'età liberale, la prima riforma elettorale sarebbe scaturita dall'appplicazione dei programmi fondamentalmente aristocratici dei nuovi *whigs* (le cui ascendenze erano i Rockingham e i Bolingbroke e i Burke, piuttosto che i giacobini o i nuovi industriali) che facevano parte del bagaglio culturale personale del Primo ministro, mentre la convergenza degli intellettuali verso la condivisione delle idealità riformatrici degli anni precedenti il

[79] Cfr. J.P. PARRY, *Democracy and Religion: Gladstone and the Liberal Party, 1867-75*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986; ma più in complesso si veda B. HILTON, *The Age of Atonement: The Influence of Evangelicalism on Social and Economic Thought, 1785-1860*, Oxford 1988.

[80] Un'antinomia tutta liberale sulla quale si sarebbe soffermato nell'età vittoriana avanzata Herbert Spencer, come si evidenzia ampiamente nel saggio di M.W. TAYLOR, *Herbert Spencer and the Limits of the State: The Late Nineteenth-Century Debate Between Individualism and Collectivism*, Bristol 1996.

[81] Per un'osservazione della quale cfr. F.M.L. THOMPSON, *The Rise of Respectable Society: A Social History of Victorian Britain, 1830-1900*, London 1988.

[82] Cfr. A. BRIGGS, *The Age of Improvement, 1783-1867*, London 1979², in traduzione italiana con il titolo *L'età del progresso. L'Inghilterra fra il 1783 e il 1867*, Bologna 1993, ove si veda in particolare il capitolo «La riforma», pp. 271 ss.

Second Reform Act sembra essere più corale e consapevolmente orientata verso un traguardo di ulteriore democratizzazione[83].

Un diretto contraltare al dibattito aperto in Parlamento con la discussione dei «sei punti» che costituivano il grande programma cartista si ha infatti nel vivace confronto culturale che, intorno alle tematiche della riforma in gestazione, vede impegnati non più solo gli storici delle istituzioni o gli economisti di un utilitarismo ormai in corso di superamento, ma anche gli scienziati della politica, e qualche primo *costitutional lawyer* come il giovane Dicey: se il 1859 è l'anno di edizione del *Plea for the Constitution* di John Austin (il positivista già autore, nel 1832, della *Province of Jurisprudence Determined*) e del saggio *On Liberty* di John Stuart Mill il quale darà presto seguito al suo discorso con le importanti *Considerations on Representative Government* (1862, immediatamente tradotte in francese nell'anno successivo), il 1867 è un *anno mirabilis* della cultura costituzionalistica poiché, senza dire del saggio *On Democracy* di J. Arthur Partridge apparso l'anno precedente, vi appaiono due contributi cui deve essere attribuito un rilievo particolare per la comprensione della forma costituzionale britannica nella fase iniziale del periodo che segue il quietismo della *Palmerston age*: tali sono gli scritti di R.H. Hutton, L. Stephen, C.S. Parker, M. Townsend, G. Lushington e – come già segnalato – Dicey, riuniti nella rassegna collettanea *Essays on Reform* (al quale faceva da critico riscontro una analoga raccolta di autori liberali dal titolo *Questions for a Reformed Parliament*) e soprattutto il memorabile *The English Constitution* di Walter Bagehot[84].

Proprio la *English Constitution* di Bagehot – un'opera che non deve mancare nella biblioteca del cultore delle istituzioni parlamentari liberali britanniche, ma più in generale del costituzionalista[85] – è uno scritto non

[83] Un'osservazione comparativa può essere convenientemente sviluppata ponendo a confronto con le tesi di A. BRIGGS (ed), *Chartist Studies*, cit., le osservazioni di E. WOODWARD LLEWELLYN, *The Age of Reform (1815-1870)*, la cui prima edizione è del 1938, attualmente disponibile con la Clarendon Press di Oxford, 1962.

[84] Sugli argomenti dell'epoca cfr. J. STAPLETON (ed), *Liberalism, Democracy and the State in Britain, 1862-1891*, Bristol 1997; e C. HARVIE, *The Lights of Liberalism: University Liberals and the Challenge of Democracy, 1860-86*, London 1976.

[85] Senza dire dell'edizione del 1928 curata dalla Oxford University Press, una versione diffusa di *The English Constitution* è quella con introduzione di R.H. CROSSMAN, apparsa nel 1978 in 14 ristampe per i tipi della Fontana Collins di Glasgow; e ne è disponibile un'ottima traduzione italiana, con il titolo *La Costituzione inglese*, Bologna 1995, con saggio introduttivo di G. REBUFFA, *Un'idea di Costituzione: Walter Bagehot e la regina Vittoria*. Sul percorso intellettuale si segnalano inoltre i saggi di dottrina italiana di L. D'AVACK, *La*

accademico del brillante direttore della *National Review* e dell'*Economist* al quale si devono tra le più intuitive riflessioni sulla costituzione evolutiva di Gran Bretagna, e almeno due o tre annotazioni che giova brevemente focalizzare: la *Constitution* d'Inghilterra si forma da due dimensioni, la *dignified* e la *efficient*, alla prima appartenendo la tradizione e alla seconda l'evoluzione; l'apparato della monarchia e dei grandi cerimoniali del potere pubblico sono simboli utili per la conservazione del fascino di un sistema istituzionale di antica origine sull'insieme di quei soggetti che si identificano nel tipo del *deferential English*; il Parlamento è diventato il collegio elettorale dell'esecutivo, poiché la separazione dei poteri è un principio astratto che non trova applicazione in un sistema cooperativo quale l'inglese dell'età liberale.

L'avanzamento elettorale di natura inclusiva che Bagehot ha esaminato e criticatosi orienterà secondo strati concentrici dando corpo, in ultima analisi, al mito dell'omogeneità della società politica del Regno, e del resto nell'impietosa critica di David Cannadine l'intero edificio della costituzione vittoriana sarebbe da considerarsi con tutti i suoi orpelli, auspice la rappresentazione bagehotiana, il prodotto di una colossale invenzione[86]: tuttavia già in età tardo-vittoriana il profilarsi, con le rivendicazioni irlandesi e scozzesi, della questione subnazionale, nonché l'ascesa politico-elettorale delle istanze operaie che all'inizio del XX secolo, sottoponendo a una profonda revisione i patti elettorali tra *clubs* liberali e formazioni operaie[87], produrranno l'autonoma esperienza del *Labour Representation Committee* (febbraio 1900) e in seguito la nascita del *Labour Party* (1906), di cui i sindacati sono tra i membri fondatori più benemeriti[88], dimostreranno

Repubblica mascherata. Un profilo del pensiero politico e costituzionale di Walter Bagehot, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2, 1977, pp. 1032 ss.; e di M.L. PESANTE, *W. Bagehot e i problemi della cultura politica liberale nell'età vittoriana*, in N. MATTEUCCI - P. POMBENI (edd), *L'organizzazione della politica. Cultura, Istituzioni, Partiti nell'Europa liberale*, Bologna 1988, pp. 253 ss.; mentre in Gran Bretagna, fra i molti, si vedano G. IONESCU, *The Shrinking World of Bagehot*, in «Government and Opposition», 1, 1975, pp. 1 ss.; e N.St. JOHN-STEVAS, *The Omnipresence of Walter Bagehot*, Oxford 1987.

86 Cfr. D. CANNADINE, *Il contesto, la rappresentazione e il significato del rito: la monarchia britannica e l'"invenzione della tradizione', c. 1820-1977*, in E.J. HOBSBAWN - T. RANGER (edd), *L'invenzione della tradizione*, Torino 1983, pp. 99 ss. Si veda inoltre W.M. KUHN, *Democratic Royalism. The Transformation of the British Monarchy, 1861-1914*, Basingstoke 1996.

87 Sul tema si veda l'illuminante articolo di F. BEALEY, *Negotiations Between the Liberal Party and the Labour Representation Committee Before the General Election of 1906*, in «Bulletin of the Institute of Historical Research», 29, 1956, pp. 261 ss.

88 Nell'ambito di una sterminata letteratura si vedano in proposito due studi fondamentali di H. PELLING, ovvero *The Origins of the Labour Party, 1880-1900*, London 1954, e *A*

che in tale presunzione di omogeneità si configura solo uno tra i diversi, radicati miti su cui si fonda il parlamentarismo dell'età liberale.

Nel periodo medio-vittoriano il passaggio dalle legislazioni settoriali al riconoscimento della legittimità dell'associazionismo operaio di tipo esplicitamente sindacale e non più solo mutualistico condurrà alla legittimazione delle organizzazioni dei lavoratori dell'industria e di altri settori: ciò avviene nel 1876 con l'importante *Trade Unions Act*, del quale si renderà promotore il Disraeli giunto alla sua seconda esperienza come Primo ministro (1874-1880), ma già da qualche anno il profilarsi di un imponente coordinamento tra queste formazioni in cui socialismo e altre istanze socioeconomiche si mescolano in multiformi combinazioni[89], l'organizzazione riunitasi per la prima volta nel giugno 1868 e da allora nota come *Trades Union Congress*[90], aveva reso effettiva una situazione che più tardi la *statute law* parlamentare avrebbe definitivamente immesso nella legalità, e la cui ricchezza esperienziale nell'ambito del trapasso dalla rivoluzione industriale del XVIII secolo all'età del liberalismo tardo-vittoriano sarebbe stata appassionatamente documentata da Sidney e Beatrice Webb nell'opera del 1894 *The History of Trade Unionism*, nonché, qualche anno più tardi, dal grande storico del socialismo britannico George Douglas Howard Cole con il suo *The World of Labour. A Discussion of the Present and the Future of Trade Unionism*, opera del 1913.

Un terzo filone legislativo che caratterizza pienamente lo sviluppo in senso liberale dell'attività del Parlamento britannico e delle istituzioni di governo che ne sono determinate è quello inerente al grande dualismo della statualità del Regno Unito, ovvero – di contro a una nozione sostanzialmente unitaria di *British nation*[91] – il dualismo tra istituzioni

Short History of the Labour Party, London 1982[7]; sulla prima esperienza elettoralistica del nascente laburismo si faccia riferimento al contributo di F. BEALEY - H. PELLING, *Labour and Politics, 1900-1906*, London 1958.

[89] Si vedano, ad esempio, gli studi di R. HARRISON, *Before the Socialists: Studies in Labour and Politics, 1861-1881*, London 1966; di P. JOYCE, *Work, Society, Politics: The Culture of the Later Victorian Factory*, Brighton 1980; e di G. STEDMAN JONES, *Languages of Class: Studies in English Working Class History, 1832-1982*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

[90] Si veda in argomento lo studio di R.M. MARTIN, *TUC: The Growth of a Pressure Group, 1868-1976*, Oxford 1980.

[91] Per una ricostruzione della quale si veda l'insuperato studio di R. ROSE, *Understanding the United Kingdom. The Territorial Dimension in Government*, London 1982, in particolare i capitoli «A Multinational Crown», pp. 10 ss., e «Union Without Uniformity», pp. 35 ss.

del *government* nazionale (Corona, Parlamento, esecutivo di Sua Maestà) e agenzie del governo territoriale[92].

Come s'è detto, il *Municipal Corporations Act* del 1835 configura nel contempo una delle più immediate ripercussioni della prima grande riforma elettorale e il primo atto parlamentare che mai abbia scientemente inciso sulla configurazione istituzionale degli enti locali, fatta eccezione probabilmente per le *Poor Laws* dell'età elisabettiana (peraltro fatte oggetto di un importante *Poor Law Amendment Act* nel 1834) le quali avevano contribuito a una sensibile modificazione dell'assetto dei poteri locali agendo tuttavia su di esso in modo non diretto bensì attraverso la previsione di inediti obblighi in materia di servizi di assistenza e di erogazione di prestazioni di base a carico dei contribuenti locali (per i quali l'inclusione nelle liste dei finanziatori delle misure della *Poor Law* era diventato in età moderna un elemento dello *status*), e in ultima analisi nel governo dell'ordine sociale[93]. In realtà solo nella fase tardo-vittoriana (con i *Local Government Acts* promossi dal ministero Gladstone per le due aree dell'Inghilterra-Galles e per la Scozia) si potrà discorrere di un'effettiva esposizione del Parlamento di Westminster nei termini di un diretto confronto, che si può modernamente definire «costituzionale» in quanto inerente – oltre che alla vocazione funzionale – alla struttura stessa delle amministrazioni territoriali, con il poderoso ma dispersivo apparato di *local authorities* ancora in gran parte rette da statuti e consuetudini amministrative di origine pre-moderna, mentre l'intero arco del XIX secolo appare dominato, e tale resterà ancora per qualche anno agli inizi del secolo successivo, dall'affermarsi di una interessante prassi normativa che si può riassumere nell'espressione di *permissive legislation*.

Nei suoi rapporti con il policentrismo territoriale, infatti, l'assemblea di Westminster sembra rinunciare per diversi decenni a esercitare la sovranità che le è propria. Ciò avviene non solo per ragioni di economicità dell'azione di governo, ma anche in coerenza con le concezioni liberali che postulano un minimo intervento del *government* nazionale negli affari di quelli che sono i reali conduttori dell'amministrazione diffusa del Paese,

92 Si consenta di rinviare in argomento ad A. TORRE, *Il «territorial government» nel Regno Unito*, Bari 1991, anche con diffusi riferimenti alla questione della territorialità in età liberale.

93 Alle *Poor Laws* pertanto si fa comunemente risalire l'antica origine dei servizi sociali in territorio inglese; anche in questo caso, come è prevedibile, la bibliografia è senza confini, pertanto ci si limiterà ad indicare il saggio di D. FRASER, *The Evolution of the British Welfare State*, cit., nel capitolo «The Poor Law», pp. 31 ss.

ovvero appunto i *borough* e i *county councils*, nonché i materiali erogatori delle risorse entro un quadro globale di azione pubblica che nel rigido controllo della spesa pubblica, e quindi nella prevenzione di ogni disavanzo finanziario e di ogni eccessiva pressione fiscale pone uno degli elementi caratterizzanti il buon governo; dall'altro lato, l'incremento della legislazione «permissiva» come pratica intrinseca di governo è l'espressione delle ferme convinzioni pluralistiche dei governanti dello Stato liberale[94], le quali, oltre che concretizzarsi nel completo riconoscimento di una libertà di associarsi che in altri Paesi – come ad esempio la Francia fin dall'età della Rivoluzione – ha spesso trovato difficoltà a incontrare il favore dello Stato[95], configurano il più evidente risvolto su scala collettiva (ovvero di una collettività che si declina attraverso la rete delle migliaia di comunità da secoli organizzate nel territorio) dell'individualismo assurto a meccanismo regolatore del sistema; del resto gli stessi tories condividono, se non proprio nelle premesse ideali almeno negli effetti, tale metodo relazionale, dando vita a politiche legislative estremamente rispettose delle comunità locali dalle quali tuttavia (come si ravvisa nei settori scolastico, delle politiche assistenziali, delle opere pubbliche ecc.) scaturisce la condizione di notevole frammentazione di un'azione amministrativa troppo spesso lasciata all'incontrollato spontaneismo degli amministratori municipali o conteali.

La costruzione delle infrastrutture socioeconomiche della Gran Bretagna nella fase dell'industrialismo avanzato passa pertanto attraverso il protagonismo delle agenzie di local government, o più propriamente attraverso il senso di collaborativa partnership che si instaura tra l'aula di Westminster e queste unità di self government nelle loro diverse configurazioni (contee per le aree rurali, boroughs e città per le aree urbane, parrocchie per gli ambiti localistici più ridotti, e una miriade di ad-hoc authorities e di boards che ne sono l'emanazione sotto il profilo settoriale)[96], e ciò si

94 A scopo orientativo si vedano, nel quadro della vastissima letteratura in argomento, i saggi di D. NICHOLLS, *The Pluralist State: The Political Ideas of J.N. Figgis and his Contemporaries*, London 1975, e di P. CORRIGAN - D. SAYER, *The Great Arch: English State Formation as Cultural Revolution*, Oxford 1985; a testimonianza di un recente dibattito, cfr. G. CROWDER, *Pluralism and Liberalism*, e I. BERLIN - B. WILLIAMS, *Pluralism and Liberalism: a Reply*, entrambi in «Political Studies», 3, 1994, rispettivamente pp. 293 ss. e pp. 306 ss.

95 Si veda in proposito l'accurata ricostruzione di M. CALAMO SPECCHIA, *Libertà pluralistiche e pubblici poteri*, Torino 1999, in particolare pp. 3 ss.

96 Sul cui sviluppo storico cfr. A. TORRE, *L'evoluzione delle forme di governo locale nel Regno Unito. Spunti ricostruttivi e princìpi ispiratori*, in S. GAMBINO (ed), *L'organizzazione del*

realizza – come s'è accennato – mediante una particolare formula legislativa per cui il Parlamento detta con propria legge le linee generali di un'azione di governo o gli standards di un comportamento amministrativo, lasciando alla discrezionalità dei singoli councils, veri rappresentanti dei contribuenti locali per la cui fondamentale autonomia l'organizzazione d'impianto liberale del governo nazionale sembra nutrire un sacro rispetto, il compito di determinarne tempi e modalità di attuazione localizzata, e talvolta finanche l'opportunità di procedere o meno a tale attuazione.

Si potenzia in questo caso la produzione locale delle cosiddette *by-laws*, o strumenti normativi suppletivi, attraverso le quali i *local councils* deliberano di tradurre in chiave territorialmente differenziata gli impulsi legislativi provenienti dal centro[97]; *a latere* di queste – come normale strumento di una decisione locale che, anche in questo caso per effetto dell'ondata lunga di relativa democratizzazione originata in tutta l'Inghilterra dal primo Municipal Corporations Act, non si associa più in via esclusiva alle determinazioni di collegi dirigenti totalmente formati da aldermen non elettivi espressione di radicate oligarchie – si sviluppa una fitta esperienza di consultazioni locali[98]. Ciò potrebbe configurare un elemento di eccentricità in un sistema politico che ha sempre privilegiato i valori della democrazia rappresentativa rispetto a quelli della democrazia diretta come espressione di un (mai esplicitamente enunciato) principio di sovranità popolare, se non si tenesse conto del livello di vitalità delle comunità locali e della «democrazia degli amministrati» che in età liberale ha conosciuto i suoi massimi sviluppi trovando nella local option, intesa sia come componente originaria dell'autogoverno sia come pratica incoraggiata dal Parlamento nazionale per dare luogo ad attuazioni differenziate – e sovente asimmetriche – della propria legislazione, una delle sue più autentiche espressioni[99].

governo locale. Esperienze a confronto, Rimini 1992, con presentazione di G. DE VERGOTTINI e prefazione di C. AMIRANTE, pp. 173 ss.

[97] Una panoramica del quadro complessivo in cui trova sviluppo la politica delle *by-laws*, o legislazione locale suppletiva, è nel saggio di P.J. WALLER, *Town, City and Nation. England, 1850-1914*, London 1983.

[98] Un fondamentale studio in tema è l'opera di J. PREST, *Liberty and Locality: Parliament, Permissive Legislation and Ratepayers' Democracies in the Mid-Nineteenth Century*, Oxford 1990; si veda anche D. READ, *The Age of Urban Democracy: England, 1868-1914*, London 1994.

[99] Diverse opere hanno affrontato la questione con ottica ricostruttiva: si vedano, ad esempio, i classici studi di S.R. HONEY, *The Referendum Among the English*, London 1912; J.St. LOE STRACHEY, *The Referendum: A Handbook to the Poll of the People, Referendum*

D'altra parte numerosi impulsi di natura legislativa proverranno nei confronti dell'aula parlamentare dal mondo delle autorità locali. L'incremento della private *legislation*, con la quale singoli *councils* sollecitano la concessione di poteri *ad hoc* che li autorizzino a dare compimento a singole opere pubbliche o ad altre iniziative nel territorio (come, ad esempio, la costituzione di una miriade di *boards* settoriali), conoscerà pertanto nell'intera epoca vittoriana un andamento esponenziale: da organi di mero autogoverno titolari di funzioni derivanti dagli antichi regimi statutari a enti applicatori degli orientamenti generali della legislazione parlamentare, e infine a promotori di quella categoria di leggi di contenuto specifico e localmente predeterminato che un tempo erano molto diffuse nella *parliamentary practice* di Westminster e che oggidì sono in gran parte scomparse poiché superate dai tempi, il passo per le autorità locali è breve. In tal modo esse saranno in grado di espandere le loro sfere potestative dando luogo a una forma di autogoverno «controllato» del Parlamento stesso ma indotto dalle istanze della periferia, e, allo scopo di conseguire i loro obiettivi e in particolare quello di potenziare la propria fisionomia di agenzie del governo disaggregato, si trasformeranno in gruppi di pressione alle cui direttive sono legati, alla svolta del secolo, quegli intermediari professionali tra Camera dei Comuni e società civile che rispondono al nome di *parliamentary agents*.

L'atteggiamento sostanzialmente permissivo mantenuto pressoché per l'intero Ottocento dal Parlamento nei confronti delle *local authorities* (atteggiamento condiviso senza particolari soluzioni di continuità dai governanti di entrambi i partiti che si avvicendano ai ministeri) non escluderà che, come conseguenza della trasformazione della percezione del proprio ruolo di governo da parte dei liberali tardo-vittoriani, un importante rimaneggiamento organizzativo delle strutture locali abbia infine luogo per opera della omniriformante amministrazione gladstoniana. La stessa mutata sensibilità dei liberali della fase finale del regno di Vittoria nei confronti del ruolo dello Stato, o di quel che le concezioni costituzionali britanniche intendono per tale, richiede un approccio – appunto – strutturale alle amministrazioni territoriali, che ne riduca la medievale frammentarietà e in qualche misura ne razionalizzi l'operato: i *Local Government Acts* del

or Democratic Right of Veto on Legislation, London 1924; e di C.E. EMDEN, *The People and the Constitution: Being a History of the Development of People's Influence in British Government*, Oxford 1933, rist. 1956. Sull'argomento l'unico intervento di rilievo in dottrina italiana è nell'articolo di L. VOLPE, *Local option e referendum nel Regno Unito*, in «Diritto e società», 4, 1992, pp. 583 ss., cui hanno fatto seguito le più vaste riflessioni che dal medesimo sono sviluppate in *Potere diretto e potere rappresentativo*, Bari 1992.

1888 e del 1889, adottati rispettivamente per l'area anglo-gallese e per la Scozia (ove per l'occasione era stato introdotto, nel 1885, il dicastero «territoriale» dello *Scottish Office* che aveva prontamente messo in opera alcuni pioneristici progetti di sostegno dell'economia dell'area), sono non solo due interventi legislativi che esprimono in modo genuino l'orientamento riformatore gladstoniano, ma anche i capostipiti di un nuovo filone legislativo che giunge fino ai nostri giorni. Altra cosa rispetto agli armonici rapporti tra Parlamento e autorità locali è la questione subnazionale.

Le forti pressioni insurrezionali irlandesi (che già nel 1828 avevano costretto l'ultraconservatore Wellington a promuovere il *Catholic Emancipation Act*) e lo sviluppo del movimento per la *home rule* nella seconda metà del secolo sono alla base delle vicende di netta contrapposizione parlamentare che – in attesa che si realizzi il grande e generale confronto intercamerale del 1909-1911 – maggiormente segnano l'aula di Westminster e producono le più eclatanti manifestazioni di crisi non solo all'interno del composito partito liberale, ma anche del sistema parlamentare e dell'intera forma costituzionale.

Per quanto concerne il primo aspetto, sarà sufficiente rammentare che nello scenario del bipolarismo politico, il partito liberale si rivelerà profondamente diviso in merito alla *vexata quaestio* dell'autonomia irlandese, al suo interno delineandosi una componente sostanzialente favorevole alla *home rule*, facente capo al Primo ministro Gladstone e a molti membri dei ultimi tre esecutivi (1880-1885; 1886 e 1892-1894), e un'agguerrita componente unionista e imperialista, catalizzata intorno alla figura di Joseph Chamberlain, che ostacola ogni concessione alle istanze dei deputati irlandesi[100]; se in tale frangente il partito liberale si conferma un'organizzazione politica a *leadership* frammentata, una maggior coesione interna caratterizza il *parliamentary party* dei conservatori, che dagli scontri sulla *home rule* esce relativamente rafforzato. Se queste sono le caratteristiche della *politics* parlamentare della fase finale del secolo, va aggiunto che la funzionalità della Camera dei Comuni attraverserà a sua volta una fase molto critica, rischiando di venire seriamente compromessa dalle iniziative ostruzionistiche dei deputati della *Irish Brigade* e dall'ostinato rifiuto della Camera dei *Lords* di accettare le politiche autonomistiche varate dai ministeri Gladstone (infatti, come è avvenuto più volte nel caso dei progetti di riforma elettorale negli anni precedenti il *Great Reform Act*, i disegni di legge vengono sistematicamente respinti dalla coalizione tra liberali unionisti e conservatori, e altresì dai Pari nella Camera alta).

[100] Cfr. J.L. HAMMOND, *Gladstone and the Irish Nation*, London 1938.

Il disagio parlamentare degli anni Ottanta viene rivelato in pieno dall'andamento del dibattito sugli *home rule bills*, con il quale si pone in evidenza che la tradizionale armonia della *parliamentary practice* di derivazione pre-vittoriana, consacrata nel 1832 da un grande contributo della parlamentaristica inglese che tuttora forma il nucleo del diritto in uso a Westminster (è tale il *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* elaborato nel 1832 dal *Clerk* dei Comuni Sir Thomas Erskine May, e noto comunemente come *Parliamentary Practice*[101]) può essere gravemente turbata, e che, con ciò, le classiche certezze del parlamentarismo possono essere messe in discussione ad opera di una minoranza disposta a sovvertire le regole del gioco piuttosto che adattarsi alle condotte di un confronto politico stilizzato anche se non mai scevro da situazioni di effettiva contrapposizione che testimoniano in abbondanza quanto il bipartitismo ottocentesco trovi in Parlamento il suo luogo d'elezione e l'area delle sue evoluzioni[102]. Inoltre, come s'è detto, i liberali al governo conoscono la più problematica delle loro divisioni interne: l'ala imperialista del partito, alla fine del percorso, giungerà ad unirsi con i conservatori per arrestare ogni progetto di autonomizzazione dell'Irlanda, e tale stato di cose, pur non compromettendo definitivamente le capacità di governo del Liberal Party d'impianto gladstoniano, ne minerà alle fondamenta il potere – e d'altronde la nascita del laburismo, dapprima sotto forma di mera organizzazione elettorale e indi come partito 'nuovo modello' formato da una poderosa alleanza di *trade unions*, cooperative, associazioni operaie, partiti e movimenti della sinistra radicale, e sodalizi di intellettuali come la riformista *Fabian Society*, condurrà nel giro del

[101] Il manuale, il cui sistematico aggiornamento è curato da uno *staff* di funzionari di entrambe le camere del Parlamento britannico, è giunto oggi alla sua XXI edizione sotto il coordinamento di C.J. BOULTON, con il titolo *Erskine May's Treatise of The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, London 1989.

[102] Una sintesi molto efficace della questione si ha nell'articolo di H. BERRINGTON, *Partisanship and Dissidence in the Nineteenth-Century House of Commons*, in «Parliamentary Affairs», 21, 1967-1968, pp. 338 ss.; si vedano anche S. COLLINI - D. WINCH - J. BURROW, *That Noble Science of Politics: A Study in Nineteenth-Century Intellectual History*, Cambridge 1983; e B. HARRISON, *The Transformation of British Politics, 1860-1995*, Oxford 1996. Uno dei più grandi affreschi dell'evoluzione della politica e delle istituzioni nell'intero periodo vittoriano si ha, in dottrina italiana, nel memorabile studio di G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, in prima edizione nel 1925 e di cui si segnala l'edizione con prefazione di E. GARIN, Milano 1977^4 ove si veda il capitolo «Il liberalismo inglese», pp. 91 ss. (una recente ristampa è Bari 1995, con prefazione di R. ROMEO) mentre ad esigenze tutte ideologiche di maggior sintesi ricostruttiva appare informato un altro importante contributo in argomento di F. VON HAYEK, *Liberalism*, Oxford 1978, edito in traduzione italiana con il titolo *Liberalismo*, Roma 1998, prefazione di L. INFANTINO, ove si vedano pp. 53 ss.

primo ventennio del Novecento all'irreversibile declino in Gran Bretagna del liberalismo.

A fronte delle pressioni destabilizzanti prodotte dalle sortite parlamentari degli *home rulers* irlandesi e delle innovazioni recate dalle coeve riforme del suffragio che segnano l'ultima tappa prima dell'universalità della franchigia[103], la rappresentanza parlamentare che si realizza a Westminster perde definitivamente, a fine secolo, una buona parte della sua patina aristocratica, determinando il progressivo tramonto di un'intera tradizione costituzionale condizionata dal lascito del 1832[104]. Tuttavia il contesto nel quale la metamorfosi del Parlamento perviene a estreme conseguenze è quello dell'immediato periodo post-vittoriano, ovvero l'arco di anni che va dalla morte della regina Vittoria e l'avvento al trono di Edoardo VII (1901) e l'entrata in guerra contro la Germania (1914), sicché aderendo all'analisi di David Powell non sarà certamente improprio discorrere di una autentica «crisi edoardiana»[105]. Gli archi di governo che si susseguono in tale contesto di transizione sono l'ultimo scorcio del terzo Gabinetto conservatore di Lord Salisbury (1895-1902), un nuovo ministero tory retto da Arthur James Balfour (1902-1905), e due Gabinetti liberali condotti da Henry Campbell-Bannerman (1905-1908) e da Henry Herbert Asquith (1908-1916): quest'ultimo è il protagonista di quella situazione che, all'esordio del nostro discorso sul Parlamento del XIX secolo, s'è definita il «canto del cigno» del liberalismo britannico, e d'altra parte si può dire a ragione che la regola liberale in tali primi anni del nuovo secolo sia ancora caratterizzata da forti impronte vittoriane, ovvero dello spirito di un'epoca del quale è persistente ancora agli inizi del secolo una acuta percezione che si rispecchia nell'ampio affresco della *History of England during the Reign of Victoria* (1907) di Sidney Law, e nelle memorie dello stesso Asquith, in seguito nominato Pari, raccolte nei due volumi *Fifty Years of Parliament* (1926).

103 Una ricostruzione 'di prima mano' del processo di avanzamento del suffragio, operata proprio negli anni che precedono l'introduzione del suffragio universale, è nello studio di C. SEYMOUR, *Electoral Reforms in England and Wales*, New Haven CT 1915.

104 Per uno sguardo d'insieme dei cui caratteri fondamentali cfr. J. HANHAM (ed), *The Nineteenth Century Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969; C. O'LEARY, *Aspects of Government in Nineteenth-Century Britain*, Dublin 1978; G.H.L. LE MAY, *The Victorian Constitution. Conventions, Usages and Contingencies*, London 1979. Per una rapida analisi dei tratti di questa transizione si consenta il rinvio ad A. TORRE, *Un modello parlamentare a razionalizzazione diffusa. Il caso britannico*, in S. GAMBINO (ed), *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Rimini 1997, pp. 461 ss.

105 D. POWELL, *The Edwardian Crisis. Britain, 1901-1914*, London 1996.

Nonostante i tentativi di rivalutazione della categoria della statualità compiuta da autorevoli esponenti dell'idealismo liberale[106] nel tentativo di trovare elementi di compensazione ai diffusi mutamenti dei tradizionali equilibri del *government* di eredità vittoriana, la crisi in questione assume dapprima i caratteri di una relativa dispersione dell'identità nazionale, e ciò non solo per il naturale 'calo fisiologico' che sistematicamente deriva dalla conclusione di ogni lungo periodo di governo (si pensi alla fine, nel 1820, del regno di Giorgio III, o si provi a ipotizzare quel che potrà avvenire – ma Dio salvi comunque la Regina – dopo Elisabetta II), ma anche perché l'idea di nazione britannica, che ha costituito dalla seconda metà del Settecento il supporto della rivoluzione liberale e dell'imperialismo, è fortemente contestata per linee interne dagli *home rulers* irlandesi e scozzesi (infatti in Irlanda è in gestazione lo stato di rivolta permanente che tra il 1916 e il 1921 condurrà alla nascita dell'*Irish Republican Army*, al capitolo della guerra interna e della repressione, e infine alla nascita dello *Irish Free State*; in Scozia l'autonomizzazione progredisce per vie costituzionali sulla scorta del precedente inaugurato nel 1885 con l'istituzione dello *Scottish Office*, ma il cammino del nazionalismo nell'area è già perfettamente impostato[107]). Sotto tale ultimo profilo, al di là dell'avvicendamento monarchico, si può pertanto concordare con molti storiografi che la crisi della svolta del secolo è l'espressione di una trasformazione di medio periodo che coincide con il farsi avanti, non solo nell'attività intellettuale ma anche nella conduzione della politica e nei programmi di governo, delle nuove sensibilità del liberalismo tardo-vittoriano[108].

[106] Si vedano in argomento S. COLLINI, *Hobhouse, Bosanquet and the State: Philosophical Idealism and Political Argument in England, 1880-1918*, in «Past and Present», 78, 1978, pp. 86 ss.; e J. MEADOWCRAFT, *Conceptualizing the State: Innovation and Dispute in British Political Thought, 1880-1914*, Oxford 1995. Per uno dei più importanti contributi dell'epoca cfr. L. HOBHOUSE, *The Metaphysical Theory of the State*, London 1918.

[107] Tra i fondamentali contributi ricostruttivi in materia si vedano gli scritti di J. BRAND, *The National Movement in Scotland*, London 1978; K. WEBB, *The Growth of Nationalism in Scotland*, Harmondsworth 1978^2, con introduzione di N. TRANTER; J.G. KELLAS, *Modern Scotland*, London 1980^2; G. DONALDSON, *Scotland. The Shaping of a Nation*, Newton Abbot 1980^2. Una pregevole analisi dei presupposti storici della differenziazione subnazionale nelle Isole britanniche si ha nello studio di C. KIDD, *British Identities Before Nationalism. Ethnicity and the Atlantic World, 1600-1800*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, mentre per una più puntuale ricognizione del trasferimento dell'autoconsapevolezza nazionale scozzese dalla dimensione integrazionista della *North Britain* a quella del nazionalismo rivendicativo è in J. MCCAFFREY, *Scotland in the Nineteenth Century*, cit., pp. 55 ss.

[108] Cfr. per esempio R. SHANNON, *The Crisis of Imperialism, 1865-1915*, London 1974; K. ROBBINS, *The Eclipse of Power: Modern Britain, 1870-1975*, London 1983; M. LAMGAN - B. SCHWARZ (edd), *Crisis in the British State, 1880-1930*, London 1985.

È tuttavia tra il 1909 e il 1911 che il disagio politico assume i tratti di una vera e propria crisi costituzionale, e ancora una volta il Parlamento si pone al centro di tale vicenda. Si potrebbe anzi dire a ragione che gli eventi parlamentari sono a fondamento della recrudescenza di tale crisi, ma a fine ciclo non si può dire che il sistema del parlamentarismo di Westminster non ne esca ulteriormente rafforzato.

I fatti sono ben noti: il memorabile scontro tra i Comuni dominati da una maggioranza liberale e i *Lords* ha luogo sul bilancio presentato da Lloyd George, nel 1909 Cancelliere dello Scacchiere nel ministero Asquith: un bilancio che prevede un'inedita tassazione delle fonti di ricchezza più privilegiate del Paese, ovvero di quelle legate alla grande proprietà fondiaria, nella prospettiva che l'incremento del gettito fiscale sia destinato al finanziamento dei nuovi programmi governativi di carattere sociale e in particolare dello schema previsto con il *National Insurance Bill.* La trasformazione del bilancio liberale e minimo di pressoché tutti i ministeri del XIX secolo in un bilancio che precorre le formule dello stato sociale e che necessita di un gran margine di risorse aggiuntive (così nei programmi del lloydgeorgismo[109]) provoca la reazione della seconda Camera, la quale interrompe una convenzione plurisecolare e si oppone al *money bill* che prevede la nuova forma di tassazione; sicché tale stato di cose induce a un grave scontro intercamerale. Se negli anni gladstoniani l'ostruzionismo dei parlamentari irlandesi era stato sostanzialmente risolto mediante l'affinamento degli elementi procedurali in uso ai Comuni e mediante la creazione di alcune nuove misure antiostruzionistiche, nel 1909 e 1910 (due date separate da una infocata elezione generale, nel corso della quale il confronto fra liberali, in ciò sostenuti dal sempre più forte *Labour Party*, e conservatori verte su un *budget* che da mero supporto contabile si è trasformato in un vero e proprio documento politico[110]) la paralisi delle finanze statali è stavolta provocata dall'opposizione della Camera alta, il che determina una situazione di stallo costituzionale molto più grave la quale si potrà risolvere solo con una trasformazione radicale del sistema vigente. Come nel 1832 ha fatto Lord Grey, Asquith ricorre nuovamente alla minaccia della cospicua infornata di centinaia di nuovi Pari, e l'esito di tale confronto sarà il *Parliament Act* del 1911, che eliminerà per sempre il potere della Camera dei *Lords* di interloquire in

[109] Cfr. J. GRIGG, *Lloyd George: The People's Champion*, London 1978; e si veda anche, per una più diretta analisi delle vicende finanziarie e sociali della crisi intercamerale, B.K. MURRAY, *The People's Budget, 1909-10*, Oxford 1980.

[110] Su questo evento elettorale cfr. N. BLEWETT, *The Peers, the Parties and the People: The General Election of 1910*, London 1972.

materia di *money bills* e ne ridimensionerà il cosiddetto *delaying power* ovvero il potere di bocciare in via definitiva i progetti di legge che siano già stati approvati dai Comuni[111] (dopodiché la via sarà aperta all'approvazione del bilancio lloydgeorgiano e all'adozione del *National Insurance Act*, vero evento sociale che si pone alla genesi del *welfare state*), ma non fino al punto da evitare che nel 1914 il pervicace rifiuto dei Pari di concedere il loro assenso a un nuovo *Home Rule bill* per l'Irlanda, già per tre volte approvato dai Comuni, provochi gli eventi insurrezionali di Dublino e dell'intera isola.

La profonda crisi costituzionale del 1909-1911 segna probabilmente l'apice politico del liberalismo tardo- e post-vittoriano, di cui mutamenti si rendono interpreti sul piano culturale John Atkinson Hobson con lo scritto del 1909, *The Crisis of Liberalism: New Issues for Democracy* e Leonard T. Hobhouse con *Liberalism*, opera del 1911, ai quali si aggiungeranno – ma con ottiche ampiamente difformi – il *leader* laburista Ramsay Macdonald, che di lì a quale anno darà vita al primo gabinetto (minoritario) a guida socialista, con *Parliament and Democracy* (1920) e l'Harold Laski della *Grammar of Politics* (1925); ad essi si aggiungerà la grande sintesi post-diceyana del *Cabinet Government* di Ivor Jennings (1936).

Questo snodo epocale segna anche la fine del bicameralismo paritario, e con ciò susciterà le allarmate reazioni – oltre che di Dicey[112] – di alcuni anglofili osservatori italiani i quali, di certo eccessivamente affezionati alle istituzioni della vecchia Inghilterra liberale, temeranno che nel Parlamento di Westminster si stia celebrando la fine di un'epoca di gloria, e probabilmente tale percezione non è del tutto infondata[113]. Da questi eventi

[111] Un'esposizione dei caratteri della riforma, delle sue premesse e delle sue conseguenze è nel ben documentato saggio di A. ADONIS, *Making Aristocracy Work: The Peerage and the Political System in Britain, 1884-1914*, Oxford 1993.

[112] Nel saggio *The Parliament Act, 1911, and the Destruction of All Constitutional Safeguards*, in *Rights of Citizenship*, London 1912, pp. 88 ss.

[113] Si vedano ad esempio i preoccupati toni degli articoli di G. ARANGIO-RUIZ, *La odierna questione costituzionale inglese. Nota di cronaca* e *L'odierna questione costituzionale inglese. Note di cronaca e raffronti*, entrambi in «Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia», rispettivamente parte I, 1910 e parte II, 1911, pp. 186 ss. e pp. 447 ss.; e G. GRASSI, *Il referendum nel sistema di gabinetto*, Torino 1913, ampio studio nel quale si analizza la questione se il ricorso alla democrazia diretta possa configurare o meno una concreta possibilità di arbitrato fra i due rami del Parlamento di Westminster. Per un'osservazione più equilibrata, si veda inoltre L. STURLESE, *La crisi del liberalismo in Inghilterra*, Milano 1966, con presentazione di G. MARANINI; e infine, sugli effetti di lungo termine del *Parliament Act* del 1911, cfr. A. TORRE, *Riformare Westminster?*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 1, 1999, pp. 251 ss.

d'inizio secolo il Parlamento d'eredità ottocentesca emerge – si passi questa arbitraria e probabilmente impropria distinzione – con i caratteri non più della modernità bensì ormai della contemporaneità, e di una contemporaneità che, nelle analisi dell'Hobson autore nel 1917 della *Democracy after the War* e del John Simpson Penman che nel 1923 dà alle stampe il saggio-*pamphlet* dal titolo *The Irresistible Movement of Democracy*, è definitivamente permeata dei valori del suffragio universale. Nell'ambito di frequenti esperienze di coalizione[114] il partito liberale sarà ancora forza di governo nel periodo finale del primo conflitto mondiale (con Lloyd George, ma in tal caso la coalizione nazionale è un dato costituzionalmente necessario e sembra giungere a coronamento di un vasto progetto politico[115]) e in quello della lunga di transizione interbellica, ma più spesso saranno i conservatori (con Bonar Law e Baldwin tra il 1922 e il 1924; nuovamente con Baldwin per un breve arco del 1924 e tra il 1935 e il 1937, e indi con Arthur Neville Chamberlain e con Winston Churchill nuovamente in due *war cabinets* necessari per la sopravvivenza stessa della democrazia britannica); dopodiché si aprirà la fase del ferreo bipolarismo dominato dall'alternanza del *Labour Party* – che nel periodo tra le due guerre ha messo a punto la sua formula politica classista giungendo anche a disimpegnare alcune limitate responsabilità di governo[116] – e dei conservatori, e dalle nuove logiche della stretta coincidenza tra *leadership* parlamentare e di partito e *premiership* di governo, coincidenza che è diventata oggi una tra le più rigide convenzioni della Costituzione britannica.

Queste ultime osservazioni possono finalmente condurci alla conclusione.

Nel 1885, con l'edizione della sua *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*[117], Albert Venn Dicey, che si è già visto essere tra i *contri-*

[114] Sul fenomeno delle coalizioni «nazionali» si vedano J.D. FAIR, *British Interparty Conferences: A Study of the Procedure of Coalition in British Politics, 1867-1921*, Oxford 1980; e G.R. SEARLE, *Country Before Party. Coalition and the Idea of 'National Government' in Modern Britain, 1885-1987*, London 1955.

[115] Questa almeno è la tesi emergente dal saggio di R.J. SCALLY, *The Origins of the Lloyd George Coalition: The Politics of Social Imperialism, 1900-1918*, Princeton NJ 1975; ma si veda anche J. GRIGG, *Lloyd George, from Peace to War*, London 1985.

[116] Cfr. L. MARROCU, *Il modello laburista. Struttura e distribuzione del potere nel partito laburista inglese tra le due guerre*, Milano 1985; si veda anche D. MARQUAND, *Ramsay MacDonald*, London 1977.

[117] Sempre per i tipi della Macmillan, la *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, di A.V. DICEY appare in prima edizione nel 1885, e in successive nel 1886, 1889, 1897, 1902, 1908, in ciascuna delle quali l'Autore introduce modifiche e appendici che

butors degli *Essays on Reform* che commentarono la riforma elettorale del 1867, dalla sua cattedra oxfordiana che lo rende un diretto discendente di William Blackstone e dei suoi *Commentaries* del 1765, fonda la dottrina della *constitutional law* dell'età post-liberale e contemporanea, e altri (come Ivor Jennings, Harold Laski, H.R. Greaves, E.C.S. Wade, John P. Mackintosh, Hood Phillips, S.A. de Smith ecc.) ne seguiranno l'esempio, ma distaccandosi dalla sua lezione con sguardi che sono spesso altamente critici. Nel 1901, con uno dei suoi saggi inclusi nella raccolta *Studies in History and Jurisprudence*, James Bryce (deputato, membro dell'amministrazione Gladstone e fondatore della *English Historical Review* e tra l'altro a Dicey legato, pur nella diversità delle rispettive aree d'impegno scientifico, da un *idem sentire* dottrinale) imposta e sviluppa in termini mirabilmente sintetici ed efficaci il tema della distinzione tra costituzioni rigide e costituzioni flessibili[118], che un ventennio più tardi verrà ulteriormente trattato nel più ampio saggio *Modern Democracies* (1921). E infine sarà lo stesso Dicey che, dopo aver osservato con toni altamente critici la questione della revisione dell'ordine costituzionale connessa alla crisi della nazionalità britannica nel saggio *A Leap in the Dark, Or Our New Constitution*[119], registrerà i grandi mutamenti in età vittoriana del contratto sociale derivante dagli ordinamenti della rivoluzione parlamentare in un altro suo magistrale intervento: tali le *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England* apparse in prima edizione nel 1905[120] e, allo stesso modo della *Introduction*, aventi origine dall'intensa didattica nell'*All Souls College* dell'Università di Oxford.

Nel pensiero del Bagehot della *English Constitution* e del Dicey della *Introduction* si individuano le 'colonne d'Ercole' dell'interpretazione della

tentano di fare il punto sulle più rilevanti evoluzioni della forma costituzionale nell'età di transizione dal liberalismo di stampo gladstoniano alle nuove manifestazioni del costituzionalismo post-vittoriano; l'ottava edizione appare nel 1915 ed è l'ultima curata direttamente dal costituzionalista oxfordiano; se ne conosce una, di grande diffusione, apparsa nel 1939 con una lunga prefazione di E.C.S. WADE, mentre una recente versione è stata curata negli Stati Uniti dal «Liberty Fund» (Indianapolis 1982), con prefazione di R.E. MICHENER; una traduzione è attualmente in preparazione in Italia.

118 J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, in J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, 2 voll., Oxford 1901, I, trad. it. *Costituzioni flessibili e rigide*, a cura di A. PACE, Milano 1998.

119 A.V. DICEY, *A Leap in the Dark, or Our New Constitution*, London 1893.

120 A.V. DICEY, *Law and Public Opinion in England*, London 1905, in traduzione italiana con il titolo *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, Bologna 1997, con presentazione di M. BARBERIS.

costituzionalità dell'epoca liberale e vittoriana[121]. Questi interventi sono, in sostanza, gli ultimi dell'età liberale e i primi della grande transizione culturale del nostro secolo.

Nulla da dire, almeno in questa sede, su Bryce[122]. Per quanto concerne Dicey, in particolare nella sua nozione della *supremacy* e/o *sovereignty* del Parlamento (spesso nella *Introduction* i due termini sono impiegati come sinonimi, ma con una più evidente preferenza per il secondo, evidentemente in quanto considerato più pregnante dal punto di vista costituzionalistico) si configura uno dei più persistenti dogmi su cui ancor oggi si regge una certa interpretazione di una forma costituzionale nella quale l'originaria egemonia del legislativo appare consacrata come elemento indefettibile del sistema in quanto direttamente funzionale all'affermazione della *rule of law* eretta a principio le cui radici affondano direttamente nell'*humus* originario dell'esperienza costituzionale inglese, mentre la stessa evoluzione della politica nell'età liberale sembra dimostrare che, nella realtà, per effetto della personalizzazione della politica parlamentare e di governo, della modernizzazione dei partiti e delle formule del governo di Gabinetto, nonché dello sviluppo della forma «a Primo ministro» che si trasfonde nell'incremento di quel potere della *premiership* che costituisce il vero motore dell'attività parlamentare e dei suoi collegamenti con la funzione di governo[123], tale

[121] In particolare su Dicey, sul quale molto è stato detto da parte di costituzionalisti e di scienziati della politica, si veda il capitolo «Dicey: Unitary, Self-Correcting Democracy and Public Law» in P.P. CRAIG, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford 1990, pp. 12 ss.; e anche R.A. COSGROVE, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, London 1980; D. SUGARMAN, *The Legal Boundaries of Liberty: Dicey, Liberalisn and Legal Science*, in «Manchester Law Review», 1, 1983, pp. 102 ss.; T.H. FORD, *A.V. Dicey: The Man and His Times*, Chichester 1986. Un'articolata raccolta di saggi nel centenario della prima edizione della *Introduction* è stata infine pubblicata nel numero monografico del 1984 della rivista «Public Law».

[122] Molte delle sfumature della sua fondamentale classificazione delle costituzioni fanno parte del patrimonio del giuscomparatista operante nel campo del diritto costituzionale: si vedano in proposito, con utili annotazioni biografiche, D. EDWARD, *The Community's Constitution – Rigid or Flexible? The Contemporary Relevance of the Constitutional Thinking of James Bryce*, in D.M. CURTIN - T. Heukels (edd), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, 2 voll., Den Haag 1994, II, pp. 59 ss. Per un'elegante sintesi italiana della tematica, cfr. A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto Albertino e di qualche altra costituzione*, Padova 1996.

[123] Una ben argomentata ricostruzione di tale evoluzione, e delle diverse interpretazioni della *leadership* politica e di governo dall'età tardo-vittoriana al thatcherismo è in P. CLARKE, *A Question of Leadership. From Gladstone to Thatcher*, Hamish Hamilton 1991, rist. Harmondsworth 1992, cui si faccia riferimento per l'analisi dell'operato di William

supremazia – senza nulla togliere peraltro alla fondatezza della *rule of law*, vero indefettibile valore dell'ordinamento – subisce una serie di grandi contraccolpi che indubbiamente la rendono in gran parte irriconoscibile rispetto agli sperimentati canoni della mitologia liberale del XIX secolo.

Ma, quel che più conta a questo punto rilevare è come con Albert Venn Dicey (dopo l'importante momento di svolta configurato dalla *English Constitution* di Bagehot la quale poco dopo la metà dell'Ottocento ha dimostrato che è possibile discorrere dei sacri princìpi della *Constitution* del Regno Unito con un linguaggio nuovo e a tratti spregiudicato) la chiave interpretativa del *constitutional lawyer* sia ormai in grado di affiancarsi a quella dell'*historical jurist*, ovvero di una categoria di interpreti che ben oltre l'età vittoriana, ricercando nel passato la giustificazione del presente – con Thomas Babington Macaulay (*History of England from the Accession of James the Second*), Thomas Pitt Taswell-Langmead (*English Constitutional History from the Teutonic Conquest to the Present Time*), William Stubbs (*The Constitutional History of England in Its Origin and Development*), Edward A. Freeman (*The Growth of the English Constitution from the Earliest Times*), William Reynell Anson (*The Law and Custom of the Constitution*), William Searle Holdsworth (*A History of English Law*), Alpheus Todd (*On Parliamentary Government in England: Its Origin, Development and Practical Operation*), David Lindsay Keir (*The Constitutional History of Modern Britain since 1485*), Hardold R. Greaves (*British Constitution*), Sheldon Amos (*English Constitution*) e, ma nella prospettiva di un promettente rinnovamento metodologico, Frederic William Maitland (*The Constitutional History of England*)[124], ha lungamente monopolizzato in senso spesso antiquario e proiezionistico la lettura della forma costituzionale del Paese.

Anche in questo profondo mutamento dell'approccio intellettuale alla dimensione delle istituzioni parlamentari e della prassi politica[125] si possono individuare i grandi segni della trasformazione del modello costituzionale post-rivoluzionario e liberale che ha il suo luogo d'elezione nelle aule di Westminster e del quale si sono fin qui delineati i caratteri essenziali nel corso del XIX secolo.

Gladstone, pp. 11 ss.; di Lord Salisbury, pp. 43 ss.; di Joseph Chamberlain, pp. 61 ss.; e di Asquith e Lloyd George, pp. 83 ss.

[124] Sull'importanza della storiografia giuridica si rinvia ad A. Torre, *Interpretare la Costituzione britannica*, cit., pp. 345 ss.

[125] Cfr. S. Collini, *Public Moralists: Political Thought and Intellectual Life in Britain, 1850-1930*, Oxford 1991.

Una metafora, fra le tante possibili, ci può agevolare nella definizione dello spirito e degli interni meccanismi di tale trasformazione, le cui più recenti manifestazioni sono tuttora in pieno svolgimento sotto l'egida del *New Labour*[126]. Si pensi a quell'affascinante spettacolo che, per un autentico sportivo, è una partita di *rugby*.

Una regola fondamentale del gioco è che la palla può essere passata con le mani solamente all'indietro, mentre il tiro in avanti può essere effettuato esclusivamente con i piedi: è evidente che il lancio con le mani è di molto più preciso di quello che si potrebbe effettuare con le estremità inferiori, e in quanto tale consente di elaborare una strategia di gioco più accurata e corale. In apparenza il gioco può risultare statico: che senso ha, se si intende raggiungere la linea di meta, passare la palla ai propri compagni di squadra che si trovano alle nostre spalle o tutt'al più a lato? La sensazione più immediata è che non si facciano dei progressi verso la linea della meta, e che sarebbe più logico il contrario, ovvero calciare la palla verso il fondo campo che si ha di fronte, senza troppo badare alla strategia che impone tattiche di gioco più trasversali e graduali. Tuttavia non va dimenticato che inequivocabilmente lo spirito di questo *sport* non è rimanere attestati sulla propria linea in attesa che qualcosa accada, bensì raggiungere la meta che si trova in avanti (e quanto lontana a volte) confidando nella leale collaborazione della propria squadra e nei comuni schemi di gioco che si sono lungamente perfezionati attraverso estenuanti allenamenti e una straordinaria esperienza sul campo. In fondo, non è allo stesso modo che possiamo interpretare il rapporto tradizione-innovazione nel contesto dell'esperienza costituzionale britannica, e pertanto anche nel quadro dell'istituzione parlamentare che opera al cuore dell'intero ordinamento?

[126] Fra i molti studi attualmente disponibili sull'ondata riformatrice neolaburista, si veda in particolare J. MORRISON, *Reforming Britain. New Labour, New Constitution*, London 2001, e con particolare riferimento alla questione parlamentare, P. RIDDELL, *Parliament under Blair*, London 2000; e nuovamente A. TORRE, *Riformare Westminster?*, cit.

Lo Statuto albertino: una Costituzione «flessibile»?

di *Francesco Soddu*

Lo Statuto albertino, come è noto, è una carta ottriata. Le motivazioni e le modalità attraverso cui Carlo Alberto giunse alla decisione di concedere la costituzione sono state oggetto di differenti interpretazioni che vertono essenzialmente sul ruolo giocato dalla classe dirigente liberale. A voler considerare i due autori che rappresentano in qualche misura i poli estremi dello spettro interpretativo si possono richiamare da un lato le pagine di Carlo Ghisalberti (a cominciare dalla sua *Storia costituzionale d'Italia*, giunta alla XVII edizione per l'Universale Laterza), che, nell'ambito di una complessiva ricostruzione positiva delle vicende costituzionali italiane, riconosce un ruolo attivo di mediazione al movimento liberale italiano; dall'altro le considerazioni molto critiche di Umberto Allegretti, che nel suo *Profilo di Storia costituzionale italiana* condanna l'atteggiamento di passiva recezione di modelli stranieri, che non avrebbe consentito la piena ed autonoma maturazione di una strada italiana (e più attenta alle istanze democratiche) al regime costituzionale.

Il «modello procedimentale» seguito dal costituente subalpino fu più simile a quello che aveva condotto alla concessione della Carta francese del 1814 – elaborata da una commissione di nomina regia[1] – piuttosto che a quel procedimento «pattizio» dal quale era scaturita quella emanata da Luigi Filippo nel 1830 (in cui era stato decisivo l'intervento delle due

[1] Nella quale peraltro si sarebbe dovuto canalizzare il «concorso» delle assemblee rappresentative previsto dalla dichiarazione di Saint-Ouen firmata da Luigi XVIII il 2 maggio, con la quale rigettava la costituzione «senatoria» elaborata all'inizio di aprile. In realtà i nove senatori e i nove deputati che ne fecero parte furono scelti dallo stesso sovrano. Sulle vicende della costituzione del 1814 cfr. M.S. CORCIULO, *La nascita del regime parlamentare in Francia. La prima restaurazione*, Milano 1977. Per i testi costituzionali A. SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale*, Milano 1975. Più di recente P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible. Les chartes de 1814 et de 1830*, Paris 1994; L. LACCHÈ, *Constitución, Monarquía, Parlamento: Francia y Bélgica ante los problemas y «modelos» del constitucionalismo europeo (1814-1848)*, in «Fundamentos», 2, 2000, pp. 467 ss. e A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris 2002.

Camere che avevano emendato la Carta del 1814 poi «accettata» dal nuovo sovrano, come questi precisava nel succinto preambolo)[2]. Un terzo modello fu certamente presente al costituente subalpino, quello cioè costituito dalla carta belga del 1831, ancor più radicale, almeno nel procedimento costituente affidato a un'apposita assemblea. Seppur lontano per le modalità di elaborazione, l'influenza sostanziale di quest'ultimo modello nella definizione degli articoli statutari costituì un elemento decisivo per il successivo sviluppo della forma di governo in senso parlamentare, come ha mostrato, in un saggio di qualche anno fa, Silvio Furlani, descrivendo l'influenza del modello belga non solo sulla carta costituzionale ma anche, e in misura anche più pervasiva, sui regolamenti parlamentari[3].

Le modalità con cui si addivenne alla concessione dello Statuto pongono naturalmente un problema relativo al potere costituente: circa, cioè, l'individuazione del soggetto e dei limiti cui un'eventuale modifica costituzionale dovesse attenersi. A guardare al dato testuale dello Statuto si riscontrano alcune affermazioni la cui portata fu poi rapidamente (e forse strumentalmente) sottovalutata, dando luogo a quella che è stata di recente definita una «lacuna apparente in ordine al regime di immodificabilità a cui le norme statutarie erano sottoposte»[4].

In effetti la dichiarazione del preambolo certificava l'esclusivo protagonismo del sovrano nella fase costituente: «Con lealtà di Re e con affetto di padre» Carlo Alberto aveva deciso di «conformare le sorti [dei suoi sudditi] alla ragione dei tempi, agl'interessi e alla dignità della Nazione» attraverso la valorizzazione di «larghe e forti istituzioni rappresentative» che venivano indicate come «il mezzo più sicuro di raddoppiare quei vincoli di indissolubile affetto che stringono all'itala nostra corona un popolo che tante prove ci ha dato di fede, di obbedienza e di amore». «Perciò di nostra certa scienza e regia autorità» aveva ordinato lo Statuto come «legge perpetua ed irrevocabile».

Quest'ultima affermazione è stata via via interpretata come un attestato di garanzia (o un «impegno morale» per dirla con le parole di Francesco Racioppi, autore, insieme a Ignazio Brunelli, del corposo *Commento allo*

2 Per il testo cfr. A. SAITTA, *Costituenti*, cit, p. 624.

3 S. FURLANI, *L'influenza della Costituzione e dell'ordinamento costituzionale belga del 1831 sulla stesura dello Statuto e di altri testi istituzionali fondamentali del Regno di Sardegna nel 1848*, in «Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari», NS, 6, 1986, 2, pp. 111-155.

4 A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova 1996^2, p. 15.

Statuto del Regno che, pubblicato all'inizio del Novecento, dava il quadro dell'interpretazione corrente della normativa statutaria); o come un richiamo a più antiche categorie costituzionali (le leggi fondamentali che contenevano il potere del monarca in regime assolutistico), liquidandone comunque la portata sul fronte dei vincoli che il sovrano si era dato nell'impegnarsi al mantenimento della costituzione piuttosto che come elemento che comunque certificava un certo grado di protezione e dunque di rigidità alla normativa costituzionale.

Lo Statuto lasciava infatti indeterminato un aspetto in questo senso decisivo: l'assenza di un'esplicita procedura di revisione costituzionale (che pure non era estranea a modelli già sperimentati, dalla costituzione francese dell'anno III a quella di Cadice), così come la mancata previsione di un sindacato di costituzionalità delle leggi (che pure in qualche modo faceva parte del bagaglio giuridico del costituzionalismo continentale attraverso l'istituto dell'interinazione)[5], finivano per attivare un meccanismo che sembrava pregiudicare la stessa prescrittività della normativa statutaria anche per l'impossibilità di sanzionarne l'inosservanza.

È un problema ben presente ai due autori del *Commento*. Affermatasi (non senza resistenze in verità) l'idea che «nulla è eterno e men che meno le costituzioni politiche», si finì per assumere il modello inglese dell'onnipotenza parlamentare applicandolo però a una costituzione di natura diversa da quella britannica. Con un esito «lungi dal potersi proclamare ottimo»: il suo principale limite stava proprio nell'aver ridotto la carta fondamentale a un «documento storico sul modo di pensare dei nostri avi in materia politica» – anche perché «può dirsi che nessun articolo sia rimasto quale era nel 1848» – ma del tutto privo del carattere cogente della norma giuridica. Alla costituzione insomma, facevano notare Racioppi e Brunelli, avrebbe dovuto «corrispondere una forza formale propria, che la rendesse «inattaccabile non solo al decreto e alla sentenza ma anche alla legge» (di qui l'ammirazione riservata al modello statunitense). Il sistema dell'onnipotenza parlamentare, ereditato dall'Inghilterra ma «giuridicamente prescritto dallo stesso Statuto con il suo meditato silenzio», sembrava aver così pregiudicato, agli occhi dei due giuristi, l'esistenza stessa di una costituzione («una costituzione – scrivevano – o è rigida o non è»). Una conseguenza determinata non tanto dalla coincidenza nello stesso soggetto della funzione legislativa ordinaria e di quella costituente, quanto dalla capacità cogente o meno delle sue norme.

[5] Cfr. F. ROSELLI, *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo Statuto albertino*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 40, 1986, pp. 476 ss.

Eppure il giudizio comune sulla intrinseca debolezza dello Statuto (la sua cosiddetta flessibilità) è stato in genere fondato richiamando esclusivamente la facilità di abrogazione o modificazione delle sue norme da parte del Parlamento, insistendo insomma su un aspetto procedurale piuttosto che sostanziale. Di qui un elemento di ambiguità che ancora condiziona il giudizio sulla natura della Carta albertina. Riconoscere allo stesso soggetto la titolarità del potere costituente e del potere legislativo ordinario significa parificare le norme costituzionali alle leggi ordinarie? O non è invece possibile individuare una forma di rigidità non ratificata da forme procedurali aggravate, ma certificata dalla diffusa convinzione di una diversità sostanziale delle norme costituzionali rispetto alla normale attività legislativa del Parlamento?

La tesi tuttora prevalente sembra propendere per la naturale debolezza dello Statuto, fondata sulla sua vulnerabilità alle decisioni di maggioranze parlamentari non qualificate. Mi pare si stia facendo però sempre più spazio tra gli studiosi una differente lettura, che individua degli elementi di rigidità, non solo in alcuni equilibri della forma di governo che restarono «dinamicamente» immutati (è la tesi di Fioravanti relativa all'equilibrata e altalenante distribuzione della titolarità dell'indirizzo politico)[6], ma anche nella stessa natura della Carta albertina.

Trovo in proposito convincente la tesi avanzata da Alessandro Pace e poi ripresa da Claudio De Fiores[7], i quali tendono a identificare il fondamento della rigidità non nell'espressa previsione di un meccanismo di revisione costituzionale ma nella scrittura stessa del testo costituzionale. È una scriminante che rimanda a più generali distinzioni che contrapposero i modelli costituzionali a cavallo tra Sette e Ottocento, tra la costituzione

[6] Per Fioravanti lo Statuto «si fonda strutturalmente sulla negazione di una soluzione monistica nella attribuzione della titolarità dell'indirizzo politico». Così «se per elasticità si intende la possibilità di spostare in diverse fasi della storia costituzionale italiana l'ago della bilancia da una parte o dall'altra della forma di governo, allora lo Statuto può continuare a definirsi elastico. Ma è più esatto dire che con l'adozione dello Statuto s'introdusse una particolare forma di stato monarchica, caratterizzata da una forma di governo *dualistica equilibrata*, che resse le sorti del nostro paese sul piano costituzionale praticamente fino all'età giolittiana ... In questo senso anche lo Statuto ha il suo elemento di rigidità, per quanto non scritto»: nessuna delle due parti, cioè, «poteva porsi oltre un certo limite contro l'altra, proponendosi come titolare esclusiva dell'indirizzo politico». Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in A. SCHIAVONE (ed), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari - Roma 1990, p. 11.

[7] A. PACE, *La causa*, cit., e C. DE FIORES, *Revisione costituzionale e forma di governo. Il caso dello Statuto albertino*, in «Democrazia e diritto», 34-35, 1994-1995, pp. 219 ss.

storica/tradizionale (Burke) e la concezione volontaristica della costituzione (Paine)[8], e che qui non è il caso di approfondire. Senza arrivare alla tesi di una «congiura politico culturale» che, secondo Pace, avrebbe determinato l'esistenza di quella «lacuna apparente» in ordine al regime di immodificabilità, destinata a giustificare una sorta di «genetica compenetrazione del potere di revisione costituzionale nelle funzioni del Parlamento» (che è tutt'altro che scontata), le argomentazioni di Pace hanno il merito di sottolineare il paradosso in cui si cadrebbe (e si è spesso caduti) nello scambiare una conseguenza della rigidità per la sua causa.

Si tratta di un'argomentazione che risale alle pagine di un giurista dei primi decenni del Novecento, Luigi Rossi[9]. Rossi imputa a Bryce e Dicey l'introduzione dell'ambigua distinzione tra costituzioni rigide e costituzioni flessibili fondata sul fatto che possano essere mutate solo «con l'impiego di qualche procedimento straordinario di legislazione» oppure possano essere modificate «a volontà del Parlamento»[10]. Per Rossi (che non si capacita della ragione per cui queste definizioni «siano state accettate ad occhi chiusi e fedelmente seguite dalla maggior parte degli autori») lo Statuto non è flessibile, cioè pienamente parificato alle leggi ordinarie, ma elastico[11],

[8] Basterà rimandare sul punto alle pagine di M. FIORAVANTI (penso in particolare ai saggi raccolti in *Stato e costituente. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino 1993); G. REBUFFA (*Costituzioni e Costituzionalismi*, Torino 1990); M. DOGLIANI (*Costituente [Potere]*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*).

[9] L. ROSSI, *La «elasticità» dello Statuto italiano*, in L. ROSSI, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1941, VI, pp. 1 ss. Su Rossi si vedano anche le pagine di F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano 1994, pp. 11 ss.

[10] In realtà, ha notato Pace (*La causa*, cit. p. 23), quando Rossi rileva che «non è che una costituzione sia rigida perché non può essere modificata dal Parlamento: è che non può essere modificata dal Parlamento perché è rigida» in effetti riprende quanto lo stesso J. BRYCE scrisse nel saggio *Flexible and Rigid Constitutions*, in J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, 2 voll., Oxford 1901, I, pp. 145-254. La categoria della flessibilità, come ha ricordato M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano 1997, p. 4, venne introdotta nella manualistica italiana da Miceli.

[11] Si tratta di categorie concettuali riprese di recente nel corso di un seminario tenutosi presso il Senato. Gian Savino Pene Vidari, per esempio, ha espresso più di qualche perplessità sulla natura flessibile dello Statuto: «Non insisterei tanto sul fatto che fosse flessibile, perché poi lo Statuto acquisì subito quasi un aspetto di sacertà e inviolabilità ..., piuttosto finì con l'essere considerato elastico, nel senso che – poiché le sue espressioni erano relativamente oscure, dubbie e frammentarie – furono 'interpretate' in modo da plasmare il testo in armonia con le vicende storiche ...». Cfr. R. GIANNELLA (ed), *Dibattiti, progetti e riforme costituzionali dallo Statuto albertino alla Costituzione della Repubblica*, Roma 1999, p. 29.

cioè volutamente ambiguo e suscettibile di 'adeguamenti'[12]. Non a caso esso rimase formalmente in vigore inalterato, salvo conoscere un'opera di adattamento o, se si vuole, di 'svuotamento' dall'interno attraverso una serie di interventi normativi che di fatto contraddicevano le norme statutarie, ma senza abrogarle formalmente. Un fenomeno che costituisce un paradosso per Allegretti o una forma di «pudore costituzionale» secondo l'autorevole *Commento allo Statuto* di Racioppi e Brunelli. Lo stesso Rossi non nega che ci siano state modifiche legislative che incisero sulla costituzione vigente, ma da un lato mette in luce come in alcuni casi sia stato lo stesso Statuto a rimandare all'integrazione legislativa; dall'altro sottolinea l'inconsistenza di alcune «modifiche puramente formali», come quella relativa alla bandiera (l'adozione del tricolore ebbe luogo nelle settimane immediatamente successive l'emanazione dello Statuto). Infine per quelle leggi che «toccarono delicate materie costituzionali e che, a prima vista, sembrano radicali deroghe alle disposizioni dello Statuto» – da quelle che incisero sulla portata dell'art. 1 che riconosceva la religione cattolica come «sola religione dello Stato» fino a quelle che derogarono all'art. 50 prevedendo un'indennità parlamentare[13] –, Rossi propende per una loro interpretazione che ne limita la portata a uno sviluppo e adattamento al mutare dei tempi, ma senza una vera conseguenza abrogatrice del testo costituzionale: «Prima della guerra mondiale – conclude – lo Statuto non fu mai modificato»[14]. L'apparente contraddizione di uno Statuto che sembrerebbe dotato di tutti i requisiti sostanziali della rigidità (solennità dell'atto scritto *in primis*) ma che contestualmente appare privo di tutela e perciò debole, si risolve per Rossi riconoscendo allo Statuto una forma di «rigidità semplice», che non esclude la competenza parlamentare alle funzioni legislative costituzionali ma da un lato non la ritiene «innata», e dall'altro non la ritiene priva di limiti. Per il giurista veronese infatti sono rigide le costituzioni le cui disposizioni «non solo legislativamente ma nella coscienza pubblica sono riconosciute diverse dalle leggi ordinarie».

[12] «Per elasticità intendo la caratteristica conformazione di una carta costituzionale la quale agevolmente si adatti alle variabili necessità dei tempi e delle circostanze, perché le sue formule, sintetiche e generiche, lasciano largo margine al loro sviluppo e alla loro integrazione mediante leggi costituzionali particolari, consuetudini e interpretazioni varie»: cfr. L. Rossi, *La «elasticità»*, cit., p. 2.

[13] Nel primo caso Rossi ritiene che «anche nei tempi in cui si era più intensificata la laicità dello Stato italiano» la norma era rimasta in vigore. Quanto all'indennità parlamentare introdotta nel 1912, Rossi reputa non contraddicesse l'articolo dello Statuto che mirava «semplicemente ad impedire che dell'ufficio parlamentare si facesse un mestiere».

[14] L. Rossi, *La «elasticità»*, cit., p. 9.

La tesi di una forma di rigidità di fondo non era dunque estranea alla sensibilità dei più avvertiti giuspubblicisti. Santi Romano, per esempio, in uno scritto del 1902 (*Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa*), individuava i limiti entro i quali il Parlamento avrebbe potuto modificare lo Statuto. Il ragionamento sviluppato da Romano tende a mostrare come la competenza parlamentare alla modifiche costituzionali, ricavata quasi «per esclusione», non escludesse l'esistenza di limiti. «È quasi pacificamente ammesso – sottolineava il giurista siciliano – che il Parlamento possa procedere e in molti casi vi ha proceduto, alla modificazione del nostro Statuto, rientrante nel tipo delle costituzioni flessibili» ma «ogni volta che siffatta opinione si annuncia» si era sentito «il bisogno» di precisare che a tali modifiche si poteva procedere «solo quando esse [fossero] rese inevitabili e dai mutati bisogni e da una matura e ben accertata opinione pubblica». Vista «l'insistenza con cui quella specie, per così dire, di riserva viene ripetuta, sorge spontaneo il dubbio – aggiungeva – se in essa non si celi un principio che non è solo di convenienza» ma «ben sviscerato e, soprattutto, convenientemente formulato» potesse acquisire «natura di un principio giuridico».

Lo Statuto, insomma, per Romano si poteva modificare solo quando lo imponesse:

- la necessità, intesa come «fonte prima del diritto, di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali in modo così categorico, esplicito, certo, da non permettere che tra i bisogni sociali stessi che determinano la norma giuridica e il rinvenimento o la dichiarazione di quest'ultima si frapponga l'attività razionale degli organi competenti a questa dichiarazione». Insomma la necessità non come presupposto della *regola juris* ma essa stessa «diritto di primo grado»: il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla ... raccoglie e dichiara il diritto che rinviene nella coscienza generale, ma in modo per così dire coattivo, che esclude la sua mediazione intellettuale»[15];
- il riconoscimento di una consuetudine che certifichi la desuetudine di certe norme;
- l'integrazione («qualcosa che sta di mezzo tra la legge modificatrice e legge di interpretazione»).

[15] Su queste pagine romaniane cfr. da ultimo P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, pp. 109 ss., che insiste sulla valenza consuetudinaria attribuita da Romano alla normativa costituzionale.

Questa rigidità di fondo, che mi pare si possa riconoscere alla Carta sabauda, è del resto confermata dal frequente richiamo all'*Arca santa* dello Statuto, cioè alla sua intangibilità, verificabile, per esempio, in occasione dei dibattiti sull'ipotesi di riforma del Senato[16].

Ma la categoria concettuale dell'incostituzionalità non è estranea alla stessa quotidianità delle vicende istituzionali. Vorrei citare un episodio che mi pare indicativo di questa diffusa percezione della diversità della costituzione, anche in funzione di garanzia degli equilibri costituzionali sanciti dallo Statuto. Si tratta di un episodio parlamentare, concernente un provvedimento in realtà piuttosto marginale, nel corso del quale si evoca una sorta di eccezione di incostituzionalità per la procedura utilizzata dall'esecutivo nell'*iter* di predisposizione del provvedimento stesso. Il ministro delle Finanze, Francesco Saverio Vegezzi, presentò il 18 giugno 1860 un disegno di legge per l'acquisto e l'adattamento di un fabbricato da destinare a sede del Ministero dei Lavori pubblici. Il provvedimento fu preso in esame, in prima battuta, dai nove uffici in cui venivano ripartiti periodicamente tutti i deputati. Nella discussione avvenuta presso l'ufficio V fu contestata «l'incostituzionalità di sottoporre al Parlamento leggi che riguardino fatti compiuti o quasi compiuti». L'eccezione non ebbe in realtà alcun seguito[17]. Del resto la non giustiziabilità delle norme costituzionali rendeva questi rilievi privi di efficacia vincolante, se non come eventuale atto di sfiducia politica. Una sistematica rilevazione dell'uso di questa categoria concettuale dell'incostituzionalità nel dibattito politico-parla-

[16] Cfr. i saggi contenuti nel numero monografico *Materiali per una Storia del Senato*, in «Trimestre», 21, 1988, 1-4, in particolare M.S. PIRETTI, *La riforma del Senato nel dibattito della seconda metà del XIX secolo*, pp. 67 ss. e F. PEPE, *Rispetto dello Statuto ed evoluzione costituzionale: note in margine al dibattito sulla riforma del Senato*, pp. 97 ss.; N. ANTONETTI, *Gli invalidi della costituzione. Il Senato del Regno 1848-1924*, Roma - Bari 1992; M.E. LANCIOTTI, *La riforma impossibile. Idee, discussioni e progetti sulla modifica del Senato regio e vitalizio (1848-1922)*, Bologna 1993.

[17] La relazione della commissione parlamentare, presentata il 12 ottobre, precisava infatti come non ci fosse stato il tempo di esaurire la pratica prima dell'interruzione estiva e che perciò il ministero si era trovato costretto a provvedere con decreto al trasferimento, non più rinviabile per permettere il funzionamento dell'amministrazione interessata, le cui funzioni erano enormemente accresciute nel corso degli ultimi anni. «Ritenuto che l'urgenza di procedere non si vuol disconoscere» la commissione ritenne «non fosse il caso di sviluppare alcune osservazioni mandate dagli uffici» che peraltro, si disse, riguardavano specialmente la convenienza di non pregiudicare la possibilità di riunire in un unico fabbricato tutti i ministeri e di separare qualche ramo di servizio al momento affidato al ministero dei Lavori pubblici per destinarlo a quello delle Finanze. Cfr. *Atti parlamentari, Camera, Documenti*, Leg. VII, doc. 68.

mentare (che si può al momento solo auspicare, in assenza, tra l'altro, di una appriopriata tradizione di studi dedicata all'analisi del linguaggio dei parlamentari) potrebbe però dare ragione di quel diffuso sentimento di superiorità della normativa costituzionale che costituisce il presupposto della «rigidità semplice» dello Statuto e della sua riconosciuta centralità negli equilibri del sistema politico liberale.

Verfassung, Parlament und Justiz im Königreich Sachsen 1850-1900

von *Frank Theisen*

I. Einleitung

1. *Bemerkungen*

a. Fragestellung

Die liberale sächsische Verfassung des Jahres 1831, die in ihrer Aussage und Programmatik stark der Konstitution Kurhessens ähnelt, bildete die Basis und das Instrument der notwendigen Staatsreformen im 19. Jahrhundert in Sachsen. Die darin normierten konstitutionellen Grundlagen trugen dazu bei, den spätabsolutistischen Staat mittels eines verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Umbaus den zeitgemäßen Erfordernissen anzupassen[1]. Die sächsische Konstitution ist vielschichtig und ambivalent zu betrachten, was sich beispielsweise darin ausdrückt, daß sie niemals revidiert worden ist. Einerseits spricht das für ihre Flexibilität im Wandel der sich immer konservativer gerierenden Regierungskräfte, andererseits macht es aber deutlich, daß die Verfassung nur so stark ist, wie die Opposition sie für ihre Zwecke zu nutzen weiß. Daher ist neben den durch die Verfassung implizierten Reformbestrebungen in der Zeit von 1831 bis 1850 vor allem zu betrachten, wie vielfältige Neuerungen durch das an sich liberale sächsische *Bürgerliche Gesetzbuch* (*BGB*) gerade in Eigentums- und Erbrechtsfragen wieder begrenzt worden sind. Gerade die Auswirkungen dieses relativ späten bürgerlichen Gesetzbuches sind bis jetzt noch nicht untersucht worden. Wie Andreas Neumann[2] zu Recht gezeigt hat, sind im

[1] Ähnlich R. Kötzschke - H. Kretzschmar, *Sächsische Geschichte*, Frankfurt a.M. 1965[2], S. 325; K. Blaschke, *Königreich Sachsen und thüringische Staaten*, in K.G.A. von Jeserich - H. Pohl - G.C. von Unruh (edd), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 2: *Vom Reichsdeputationshauptschluß bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*, Suttgart 1983, S. 613.

[2] A. Neumann, *Landtag und Politik in der Reaktionszeit (Sachsen 1849/50-1866)*, (Beiträge zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien, 126) Düsseldorf 2000, S. 386: «In der Auseinandersetzung um die Zivilrechtsreform verquickten sich formale

Hinblick auf die Kodifikation und die damit verbundenen Diskussionen der einzelnen Normen gesellschaftliche Implikationen und Festlegungen herauszulesen. Anhand des Privatrechts besteht die Möglichkeit, die Verfassungswirklichkeit in bestimmten Teilbereichen, wie im Rahmen des Eigentums, nachzuvollziehen und zu überprüfen.

Es bedarf somit der Untersuchung, wie die oben kurz angesprochene Verfassung in der parlamentarischen und staatlichen Praxis tatsächlich gewirkt hat. Die darin enthaltenen Programmsätze und Absichtserklärungen bedürfen einer Kontrolle, was hier aber nur rudimentär geleistet werden kann. Es ist der Frage nachzugehen, wie die Verfassungswirklichkeit ausgesehen hat und wie die verschiedenen politischen Kräfte die Konstitution für sich zu nutzen wußten, um sie in ihrem Sinne zu instrumentalisieren.

Der Beitrag versteht sich demnach 1. als eine Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Grundlagen, 2. mit dem daraus resultierenden juristischen Umbau der zivilrechtlichen Voraussetzungen und 3. mit den Begrenzungen der Konstitution anhand einiger bedeutender Gesetze. In einem weiteren Schritt soll überblickartig die Bedeutung von Juristen für den Parlamentarismus im Königreich Sachsen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts dargestellt werden.

b. Vorgehensweise

Zunächst wird die Forschungslage zu der hier zu behandelnden Thematik vorgestellt. In einem zweiten Schritt wird die Stellung des Parlaments nach der Verfassung aus dem Jahre 1831 erörtert. Dabei wird auf bestimmte Einflüsse hinzuweisen sein, die in der vorgenannten Konstitution deutlich zu bemerken sind. Drittens soll die Verfassungswirklichkeit anhand der wechselseitigen Beziehungen zwischen Juristen und der Tätigkeit des Parlamentes erläutert werden, wozu Beispiele jeweils aus dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht herangezogen werden. Damit soll ein Mosaikstein zu der nunmehr von verschiedenen sächsischen Landeshistorikern geäußerten These, daß Sachsen nicht das konservativste und modernisierungsfeindlichste Land neben Preußen gewesen sei, geliefert werden.

und inhaltliche Betrachtungen mit historischen Bezugspunkten der Parlamentarier. Sie gibt über das Gesellschaftsbild und das Selbstverständnis der Gesetzgeber Aufschluß».

2. *Forschungen zum sächsischen Parlamentarismus und sächsischen Juristen*

a. Sächsischer Parlamentarismus

Zunächst ein kurzer Forschungsüberblick, um die Problematik zu verdeutlichen: Die Geschichte des Parlamentarismus des Königreichs Sachsen im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert ist trotz einiger Ansätze größtenteils immer noch ein Forschungsdesiderat. Moderne Untersuchungen zu den personellen und parteilichen Zusammensetzungen der sächsischen Landtage im 19. und 20. Jahrhundert liegen bis jetzt nur rudimentär vor[3]. Als eine Grundlage können nunmehr die weiterführenden Arbeiten von Volker Knüpfer[4] und Michael Hammer[5] herangezogen werden, die sich mit liberalen Strömungen sowie den Grundlagen und Auswirkungen der Revolutionen von 1830/31 näher beschäftigen und daher eine Basis für eine weitergehende Auseinandersetzung mit den parlamentarischen Entwicklungen im 19. Jahrhundert bilden.

Die sächsische Landesgeschichte, in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vor allem verkörpert in dem Leipziger Historiker Rudolf Kötzschke und seinem Nachfolger Hellmut Kretzschmar[6] sowie in Folge durch den Dresdner Historiker Karlheinz Blaschke, befaßte sich zeitbedingt mit Fragen des Mittelalters, der Ostbesiedlung durch fränkische und fland-

[3] Siehe J. GÖPNER, *Der sächs. Landtag von 1830-1840*, Diss. Phil. Leipzig, 1913; G. SCHMIDT, *Der sächsische Landtag 1833-1918. Sein Wahlrecht und seine soziale Zusammensetzung*, in R. GROSS - M. KOBUCH (edd), *Beiträge zur Archivwissenschaft und Geschichtsforschung*, Weimar 1977, S. 445-465; C. GOLDT, *Parlamentarismus im Königreich Sachsen, zur Geschichte des Sächsischen Landtages 1871-1918*, Münster 1996; E. DRÖSCHER - W. SCHRÖDER, *Sächsische Parlamentarier 1869-1918 Die Abgeordneten der II. Kammer des Königreichs Sachsen im Spiegel historischer Photographien. Ein biographisches Handbuch* (Photodokumente zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien, 5), Düsseldorf 2001.

[4] V. KNÜPFER, *Presse und Liberalismus in Sachsen. Positionen der bürgerlichen Presse im frühen 19. Jahrhundert* (Geschichte und Politik in Sachsen, 2), Köln - Weimar - Wien 1996.

[5] M. HAMMER, *Volksbewegung und Obrigkeiten. Revolutionen in Sachsen 1830/31* (Geschichte und Politik in Sachsen, 3), Köln - Weimar - Wien 1997.

[6] H. KRETZSCHMAR, *Die sächsische Verfassung vom 4. September 1831*, in «Neues Archiv für Sächsische Geschichte und Altertumskunde», 52, 1931, S. 207 ff; DERS., *Das sächsische Königtum im 19. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Typologie der Monarchie in Deutschland*, in «Historische Zeitschrift», 170, 1950, S. 457 ff., jetzt wieder in R. GROSS - M. KOBUCH (edd), *Hellmut Kretzschmar. Vom Anteil Sachsens an der neueren deutschen Geschichte* (Quellen und Forschungen zur sächsischen Geschichte, 16), Stuttgart 1999, S. 478 ff.

rische Bevölkerungen und deren Auswirkung sowie der Frühen Neuzeit. Die quellenreiche sächsische Geschichte der beiden Leipziger Landeshistoriker[7] hat daher ihren Schwerpunkt im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit; für das 19. und 20. Jahrhundert wurden nur noch die großen Leitlinien verfolgt[8]. Das Parlament spielt bei dieser Betrachtung eine untergeordnete Rolle.

Auch in der DDR kam es durch die Aufhebung der Länder, und damit des Freistaates Sachsen, genausowenig zu einer historischen Analyse des Parlamentarismus und seiner Ausformungen im Königreich Sachsen bis 1918[9]. Im Gegensatz zu Preußen lag Sachsen größtenteils außerhalb der Betrachtungen der westlichen Historiker, so daß beispielsweise der ältere Aufsatz Hellmut Kretzschmars zur sächsischen Verfassung aus dem Jahr 1931 immer noch aktuell ist.

Ein Baustein für das Verständnis des Königreichs Sachsen im 19. Jahrhundert ist die wichtige Darstellung des Marburger Historikers Thomas Klein[10]. Seine Ausführung zu den administrativen Voraussetzungen in den Grundrissen zur Verwaltungsgeschichte bilden eine der wenigen Ausnahmen. Ergänzt werden die Darlegungen durch die weiterführende Bearbeitung von Karlheinz Blaschke[11]. Erst seit der Wende 1989/90 kommt es zu zaghaften Versuchen, sich der Geschichte des sächsischen Parlamentarismus zu nähern.

[7] R. Kötzschke - H. Kretzschmar, *Sächsische Geschichte. Werden und Wandlung eines Deutschen Stammes und seiner Heimat im Rahmen der Deutschen Geschichte*, leicht veränderter Neudruck, Frankfurt a.M. 1965².

[8] Siehe auch die Ausführungen von S. Lässig - K.H. Pohl, *Vorwort*, in S. Lässig - K.H. Pohl (edd), *Sachsen im Kaiserreich. Politik, Wirtschaft und Gesellschaft im Umbruch*, Weimar - Köln - Wien 1997, S. 5: «Bis heute ist die sächsische Landesgeschichte – zumal die neuere – ein Stiefkind der historischen Forschung geblieben».

[9] *Ibidem*: «Besonders spürbar ist dieses Defizit für die Zeit vom ausgehenden 19. Jahrhundert bis zum Ersten Weltkrieg».

[10] Th. Klein, *Grundriß zur deutschen Verwaltungsgeschichte 1815-1945* (Reihe B), Bd. 14, Sachsen - Marburg 1982. Siehe nunmehr zur verwaltungsrechtlichen Trennung von Stadt- und Landgemeinden im 19. Jahrhundert C. Ulbricht, *Die verfassungsrechtliche Trennung von Stadt und Landgemeinde. Ein zentrales Problem der sächsischen Kommunalgesetzgebung im 19. Jahrhundert*, in «Neues Archiv für Sächsische Geschichte und Altertumskunde», 69, 1998, S. 159-184. Im Gegensatz dazu ist die Unabhängigkeit der Justiz und die Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung im Laufe des 19. Jahrhunderts, vor allem im Hinblick auf die Einführung der Reichsjustizgesetze in den 1870er Jahren bis jetzt noch nicht ausreichend untersucht und analysiert worden.

[11] K. Blaschke, *Königreich Sachsen und thüringische Staaten*, in K.G.A. von Jeserich - H. Pohl - G.C. von Unruh (edd), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 2, S. 608 ff.

Im Mai 1995 fand an der Technischen Universität Dresden eine Tagung zur Geschichte Sachsens in der Kaiserzeit statt, dessen Ergebnisse seit 1997 gedruckt vorliegen[12]. Für den Parlamentarismus sind vor allem die Beiträge von Gerhard A. Ritter[13], Karsten Rudolph[14], Karl Heinrich Pohl[15] und James Retallack[16] hervorzuheben, in denen grundlegende Analysen zur Wählerbewegung (siehe Ritter) aber auch zu einzelnen politischen Gruppierungen und deren Wandlungen von Honoratiorenvereinen zu Parteien nachvollzogen werden. Während einzelne Parteien[17], politische Strömungen sowie das Wahlverhalten[18] – unter anderem auch für die Reichstagswahlen[19] – hinsichtlich des Zeitraums von 1871 bis 1918 durch neue Dissertationen nunmehr für das Königreich Sachsen besser erforscht sind, liegen für die Zeit vor 1866 solche Untersuchungen leider nur in Ansätzen vor. Hervorzuheben ist die Dissertation von Andreas Neumann[20], die die Reaktionszeit nach dem Scheitern der Frankfurter

[12] S. LÄSSIG - K.H. POHL (edd), *Sachsen im Kaiserreich*, Weimar - Köln - Wien 1997.

[13] G.A. RITTER, *Wahlen und Wahlpolitik im Königreich Sachsen 1867-1914*, in S. LÄSSIG - K.H. POHL (edd), *Sachsen im Kaiserreich*, S. 29-86.

[14] K. RUDOLPH, *Das «rote Königreich». Die sächsische Sozialdemokratie im Wilhelminischen Deutschland*, in S. LÄSSIG - K.H. POHL (edd), *Sachsen im Kaiserreich*, S. 87-100.

[15] K.H. POHL, *Politischer Liberalismus und Wirtschaftsbürgertum: Zum Aufschwung der sächsischen Liberalen vor 1914*, in S. LÄSSIG - K.H. POHL (edd), *Sachsen im Kaiserreich*.

[16] J. RETALLACK, *Die «liberalen» Konservativen? Konservativismus und Antisemitismus im industrialisierten Sachsen*, in S. LÄSSIG - K.H. POHL (edd), *Sachsen im Kaiserreich*, S. 133-148.

[17] Siehe beispielsweise zur Entwicklung der Sozialdemokratie K. RUDOLPH, *Die sächsische Sozialdemokratie vom Kaiserreich zur Republik 1871-1923* (Demokratische Bewegungen in Mitteldeutschland, 1), Köln - Weimar - Wien 1995; F. HEIDENREICH, *Arbeiterkulturbwegung und Sozialdemokratie in Sachsen vor 1933* (Demokratische Bewegungen in Mitteldeutschland, 3), Köln - Weimar - Wien 1995.

[18] S. LÄSSIG, *Wahlrechtskampf und Wahlreform in Sachsen (1895-1909)* (Demokratische Bewegungen in Mitteldeutschland, 4), Köln - Weimar - Wien 1996.

[19] *Die Reichstagswahlen im Königreich Sachsen 1871-1912*, bearb. von S. LÄSSIG (Atlas zur Geschichte und Landeskunde von Sachsen, hrsg. von der Phil.-hist. Klasse der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig in Verbindung mit dem Landesvermessungsamt Sachsen unter der wiss. Gesamtleitung von K. BLASCHKE), Leipzig - Dresden 1997; Th. KLEIN, *Wahlprüfungen zu den Reichstagswahlen im Königreich Sachsen 1867-1918*, in «Neues Archiv für Sächsische Geschichte und Altertumskunde», 69, 1998, S. 205-231.

[20] A. NEUMANN, *Landtag und Politik in der Reaktionszeit (Sachsen 1849/50-1866)* (Beiträge zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien, 126), Düsseldorf 2000.

Nationalversammlung bis zum Jahr 1866 analysiert. Gerade dieser Zeitraum, der beispielsweise ähnlich wie in Kurhessen[21] durch eine hochkonservative Politik gezeichnet war, bedeutete eine Aushöhlung der relativ liberalen Verfassung, an der König und Minister mittels des auch in anderen deutschen Staaten immer wieder herangezogenen Verordnungsrechts an dem Parlament vorbei regierten. Die Ausführungen von Andreas Neumann sind folglich von besonderem Interesse, da sie unter anderem verdeutlichen, warum es in Sachsen nicht zu einer Verfassungsrevision kam und zu kommen brauchte.

An modernen Quelleneditionen zum Parlamentarismus der Zeit von 1831 bis 1866, wie sie beispielsweise für Preußen oder Kurhessen vorliegen, die einen ersten Einstieg sowie eine weitergehende Beschäftigung ermöglichen und direkt die Arbeit des Parlaments im Blickfeld haben, mangelt es jedoch fast gänzlich.

Eine neue Edition ist Josef Matzerath zu verdanken, der sich in den letzten acht Jahren näher mit der Problematik der Beziehungen zwischen König und Parlament in dem Mittelstaat befaßt hat. Im Vordergrund dabei steht jedoch der Herrscher und nicht die parlamentarischen Grundlagen. Die Quellensammlungen von Josef Matzerath[22] und Hellmut Kretzschmar[23], die etwa die Zeit von 1848/49 bis 1854 abdecken, sind zur Zeit noch als Ausnahmen anzusehen. Sie beschäftigen sich vor allem mit den regierenden Personen der Herrscherfamilie der Wettiner. Die Könige und Prinzen und ihr Verhalten in bestimmten Situationen stehen im Vordergrund, so daß der Blickwinkel der Stände kaum Berücksichtigung findet. Alles in allem also relativ wenig, um gesicherte und verallgemeinernde Ergebnisse

[21] Vergleiche dazu nur U. VON NATHUSIUS, *Kurfürst, Regierung und Landtag im Dauerkonflikt. Studien zur Verfassungsgeschichte Kurhessens in der Reaktionszeit (1850-1859)*, (Hessische Forschungen zur geschichtlichen Landes- und Volkskunde, 28) Kassel 1996, S. 271 ff.

[22] J. MATZERATH (ed), *Der sächsische König und der Dresdner Maiaufstand. Tagebücher und Aufzeichnungen aus der Revolutionszeit 1848/49* (Quellen und Materialien zur Geschichte der Wettiner, 1), Köln - Weimar - Wien 1999; siehe ebenfalls die Analyse von R. WEBER, *Die Revolution in Sachsen 1848/49. Entwicklung und Analyse ihrer Triebkräfte*, Berlin - Ost 1970.

[23] H. KRETZSCHMAR (ed), *Lebenserinnerungen des Königs Johann von Sachsen. Eigene Aufzeichungen des Königs über die Jahre 1801 bis 1854* (Deutsche Geschichtsquellen des 19. und 20. Jahrhunderts, 42), Göttingen 1958; DERS., *Die Zeit König Johanns von Sachsen 1854-1873. Mit Briefen und Dokumenten* (Berichte über die Verhandlungen der sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, phil.-hist. Klasse, 105/4), Berlin 1960.

vorzustellen oder beispielsweise, was sehr reizvoll wäre, einen Vergleich mit den um ein Vielfaches besser erforschten Territorien Preußen, Baden oder Kurhessen, zu wagen.

b. Sächsische Justiz und sächsische Juristen im 19. Jahrhundert

Für das Verständnis der sächsischen Geschichte des Parlamentarismus seit der Frühen Neuzeit und des Parlamentarismus im 19. Jahrhundert ist es unerläßlich auf die Bedeutung der Juristen zu verweisen; sie sind nicht nur für die Verwaltung, sondern auch für die Regierungstätigkeit herangezogen worden. Trotz ihrer vielfältigen Tätigkeit für die Entwicklung Sachsens zu einem Verfassungsstaat und zur praktischen Anwendung der sächsischen Konstitution bleiben sie bis heute im Hintergrund aller Betrachtungen. Aber nicht nur das: Eine Analyse, wie es zur Verfassung kam, wer die Verfassung ausgearbeitet hat und wo die genauen Vorbilder liegen, steht noch aus, was bedauernswert ist, da eine Bewertung der Konstitution von 1831 und ein Vergleich mit anderen zeitgleichen Verfassungen zu bemerkenswerten Ähnlichkeiten führt. Die Geschichte der Gesetzgebungsmaßnahmen zur Agrar-, Justiz- und Dienstwesenreform infolge der Verfassung von 1831 hat ebenfalls bis heute wenig Interesse gefunden, obwohl daran besonders gut das Wirken der liberalen Regierung nachzuweisen ist.

Erst die Entwicklung zum sächsischen *Bürgerlichen Gesetzbuch* fand wieder mehr Interesse. So behandeln Barbara Dölemeyer[24] und Christian Ahcin[25] einen wichtigen Ausschnitt der sächsischen Geschichte des 19. Jahrhunderts. Sie setzen sich mit der Entstehung des *Bürgerlichen Gesetz-*

[24] B. DÖLEMEYER, *Einflüsse von ALR, Code Civil und ABGB auf Kodifikationsdiskussionen und -projekte in Deutschland*, in «Ius Commune», 7, 1978, S. 179 ff.; DIES., *Kodifikationen und Projekte deutscher Einzelstaaten: Bayern (1808-1861/64); Hessen-Darmstadt (1842-1847); Sachsen (1863/65)*, in H. COING (ed), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. 3: *Das 19. Jahrhundert*, Tbd. 2: *Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht*, München 1982, S. 1472 ff., 1518 ff., 1540 ff.; DIES., *Bürgerliches Gesetzbuch oder Spezialgesetzgebung? Die Diskussion um die Regelung des Dienstvertrages in den sächsischen Kodifikationsentwürfen*, in H. STEINDL (ed), *Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte* (Ius Commune, Sonderheft 20), Frankfurt a.M. 1984, S. 137 ff.

[25] C. AHCIN, *Zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1863/65. Zugleich ein Beitrag zur Rolle des römischen Rechts im 19. Jahrhundert* (Ius Commune, Sonderheft 85), Frankfurt a.M. 1996; siehe dazu jedoch die kritische Besprechung von H. LÜCK, in «Neues Archiv für sächsische Geschichte», 71, 2000, S. 353-356.

buches für das Königreich Sachsen von 1863-1865 auseinander[26], das in fast allen sächsischen Landtagen seit 1830 ein Thema war. In dieser Hinsicht versucht auch Arno Buschmann in zwei Kurzbeiträgen die Bedeutung des sächsischen *BGB* in Form von Kontinuitäten zum deutschen *BGB* von 1900 nachzuweisen[27].

So sind ebenfalls sächsische Juristen des 19. Jahrhunderts nur marginal biographisch erforscht worden: Am ehesten werden noch berühmte Professoren der Juristenfakultät der Universität Leipzig behandelt, so neben Eduard Albrecht[28] unter anderem Bernhard Windscheid[29], der Germanist Otto Stobbe[30] und der Prozessualist Adolf Wach[31].

Zwei Symposien zu Carl Georg (von) Wächter[32] und dem ersten Präsidenten des Reichsgerichts Eduard (von) Simson[33] tragen zur weiteren Kennt-

[26] Darüber hinausgehend bedürfte es nunmehr einer Untersuchung über die Wirkung des sächsischen BGB, einerseits in Zusammenhang mit bestimmten verfassungsrechtlichen Festlegungen in der sächsischen Konstitution von 1831, andererseits auch in den Beratungen zum deutschen BGB.

[27] A. BUSCHMANN, *Das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863/65 - Vorläufer und Muster des BGB*, in «Juristische Schulung» 1980, S. 553 ff.; zusammenfassend DERS., Art. *Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 4, Berlin 1990, Sp. 1242 ff.

[28] A. BORSDORFF, *Wilhelm Eduard Albrecht. Leben und Werk*, Pfaffenweiler 1993.

[29] U. FALK, *So ein Gelehrter wie Windscheid* (Ius Commune, Sonderheft 38), Frankfurt a.M. 1999²; J. RÜCKERT, *Bernhard Windscheid und seine Jurisprudenz «als solche» im liberalen Rechtsstaat*, in «Juristische Schulung» 1992, S. 902 ff.; F. KLEIN, *Das Streben um Vereinheitlichung des bürgerlichen Rechts uhd Bernhard Windscheid (1817-1892)*, in A. SCHMIDT-RECLA - E. SCHUMANN - F. THEISEN (edd), *Sachsen im Spiegel des Rechts. Ius Commune Propriumque*, Köln - Weimar - Wien 2001, S. 205-218.

[30] Vergleiche zu ihm nunmehr B. SCHOLZE, *Wege zur Vereinheitlichung des deutschen Privatrechts am Beispiel von Otto Stobbe (1831/1887)*, in A. SCHMIDT-RECLA - E. SCHUMANN - F. THEISEN (edd), *Sachsen im Spiegel des Rechts*, S. 219-238; DIES., *Otto Stobbe (1831-1887). Ein Leben für die Rechtsgermanistik*, Berlin 2002.

[31] K.-P. SCHROEDER, *Adolf Wach (1843-1926). Ein Klassiker der modernen Prozeßrechtswissenschaft*, in «Juristische Schulung» 1997, S. 545 ff.

[32] Die Ergebnisse des Symposiums finden sich in folgendem Tagunsgband: B.-R. KERN (ed), *Zwischen Romanistik und Germanistik. Carl Georg von Waechter (1797-1880)*, (Schriften zur Rechtsgeschichte, 81) Berlin 2000. Vergleiche auch zur Tätigkeit Wächters in der Strafrechtswissenschaft L. JUNGEMANN, *Carl Georg von Wächter (1797-1880) und das Strafrecht des 19. Jahrhunderts* (Schriften zur Rechtsgeschichte, 79), Berlin 1999.

[33] B.-R. KERN - K.-P. SCHROEDER (edd), *Eduard von Simson (1810-1899). «Chorführer der Deutschen» und erster Präsident des Reichsgerichts* (Juristische Zeitgeschichte, Abteilung 2. Forum Juristische Zeitgeschichte, 10), Baden-Baden 2001.

nis der Rechtsentwicklung in Sachsen bei. Diese biographischen Abhandlungen gehen aber nur rudimentär auf die politische Situation in Sachsen ein, da die vorgenannten Persönlichkeiten sich zumeist politisch nicht betätigten, oder aber wie der nationalliberale Eduard von Simson erst am Ende ihrer Juristen- und Politikerkarriere nach Sachsen kamen. Eine Betrachtung des bedeutenden Rechtswissenschaftlers und späteren Ministers Carl Friedrich von Gerber ist demnächst aus rechtshistorischer Sicht zu erwarten. Festzuhalten ist, daß weder die sächsische Landesgeschichte noch die Rechtsgeschichte sich mit der Problematik von Parlamentstätigkeiten und der darin wirkenden Juristen auseinandergesetzt hat. Demnach sind die nachfolgenden Äußerungen nur als eine erste Stellungnahme zu verstehen, die weiterer vertiefender Untersuchungen bedürfen.

II. Parlament, Verfassung und bürgerliche Rechtsentwicklung

1. *Die sächsische Verfassung von 1831*

Das im Zuge der napoleonischen Kriege entstandene Königreich Sachsen überlebte den Wiener Kongreß nur knapp. Vor allem Preußen war an einer Auflösung dieses Staatswesens interessiert gewesen. Im Zuge der Restauration seit 1815 stagnierte die Entwicklung in Sachsen immer mehr. Die Rückkehr zur vornapoleonischen Ordnung, die Wiedereinführung des spätabsolutistischen patriarchalisch geprägten Staatswesens ließ keine Verfassung, wie beispielsweise in Baden oder in Nassau zu. Der König regierte weiterhin unumschränkt; alte Rechtsinstitute wurden wieder eingeführt; alte Standesprivilegien wie die Patrimonialgerichtsbarkeit, der besondere Gerichtsstand der Schriftsässigen, die nichtvorhandene Trennung zwischen Justiz und Administration, sowie die konkurrierende Gerichtsbarkeit zwischen einzelnen Gerichtsherren an einem Ort (so gab es beispielsweise in Leipzig bis in die 1850er Jahre fünf verschiedene Gerichte: 1. Schöppenstuhl, 2. Konsistorium, 3. Universitätsgericht, 4. Stadtgericht, 5. Ritterschaftliche Gerichte) ließen die Entscheidungen der Regierung oftmals als Willkürakte erscheinen. Eine Transparenz war nicht gegeben.

Fast parallel mit den Unruhen in anderen europäischen Staaten kam es seit 1830 zu Auseinandersetzungen mit König und Regierung. Friedrich August I.[34] regierte bis zu seinem Tod 1827 in einem spätabsolutistischen

[34] Friedrich August (III.) I. (1750, Dezember 23 - 1827, Mai 5): unter Vormundschaft Kurfürst von Sachsen, 1763-1768; Kurfürst von Sachsen, 1768-1806; König von Sachsen, 1806-1827; Herzog von Warschau, 1807-1814. Zu seiner restaurativen Außenpolitik nach

Stil, wobei er sich auf seinen einflußreichen Minister Graf Einsiedel[35] stützen konnte. Die Herrschaftsausübung war ganz dem Spätabsolutismus des 18. Jahrhunderts verpflichtet, wobei die ständisch-feudalen Strukturen im Vordergrund standen. Auch der Nachfolger Friedrich Augusts ließ keine Änderungen und eine Weiterentwicklung zu einem Verfassungsstaat zu. Zu Reformen hatte schon der Leipziger Rechtswissenschaftler Karl Heinrich Ludwig Pölitz[36] geraten, um Revolutionen zu verhindern. Er wurde ebenfalls zum Bindeglied der beiden in Folge der Revolution von 1830 ausgearbeiteten Verfassungen von Kurhessen und Sachsen, was angesichts seiner frühliberalen, jedoch aber gemäßigten Ansichten, die im Leipziger Umfeld besonders erfolgreich waren[37], und den ähnlichen kurhessischen Tendenzen (zu verweisen ist nur auf den Marburger Staatsrechtler Sylvester Jordan) nicht verwunderlich ist[38].

In Folge der französischen Juli-Revolution des Jahres 1830 kam es in Sachsen, vor allem bedingt durch die Unruhen im September desselben Jahres[39],

dem Wiener Kongreß siehe nunmehr D. PETSCHEL, *Sächsische Außenpolitik unter Friedrich August I. Zwischen Rétablissement, Rheinbund und Restauration* (Dresdner Historische Studien, 4), Köln - Weimar - Wien 2000.

[35] Detlev Graf von Einsiedel (1773-1861): Eintritt in den sächsischen Staatsdienst, 1793; Kabinettsminister für Innere Angelegenheiten, 1813-1830; Kabinettsminister für Äußere Angelegenheiten, 1830. Siehe zu ihm die Kurzbiographie bei K. BLASCHKE, *Königreich Sachsen und thüringische Staaten*, in K.G.A. VON JESERICH - H. POHL - G.C. VON UNRUH (edd), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 2, S. 611. Der Minister mußte infolge der Septemberunruhen am 13. September 1830 zurücktreten; den Sturz bewirkten gemäßigt liberale Regierungsbeamten um Bernhard August von Lindenau, so Gottlob Adolf Ernst von Nostitz und Jänckendorf (1765-1836): Mitglied des Staatsrates; Johann Adolph von Zezschwitz (1779-1845): unter anderem Präsident der Kriegsverwaltungskammer 1821; 1831-1839 Kriegsminister und Julius Traugott von Könneritz.

[36] Karl Heinrich Ludwig (von) Pölitz (1772-1838): unter anderem seit 1820 Professor für Staatswissenschaften an der Universität Leipzig. Siehe zu ihm H. BRANDT, *Landständische Repräsentation im deutschen Vormärz. Politisches Denken im Einflußfeld des monarchischen Prinzips*, Neuwied 1968, S. 214-222; dem folgend in seiner Einschätzung A. NEUMANN, *Landtag und Politik in der Reaktionszeit*, S. 22.

[37] H. ZWAHR, *Revolutionen in Sachsen. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte* (Geschichte und Politik in Sachsen, 1), Weimar - Köln - Wien 1996, S. 97 f.; M. HAMMER, *Volksbewegung und Obrigkeiten. Revolutionen in Sachsen 1830/31*, S. 31, 84; A. NEUMANN, *Landtag und Politik in der Reaktionszeit*, S. 22.

[38] Vergleiche E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt. Das Kurfürstentum Hessen in der ersten Ära Hassenpflug 1830-1837*, Berlin 1996, S. 72, 79 f., 82-85.

[39] Dazu nunmehr ausführlich H. ZWAHR, *Revolutionen in Sachsen. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte*, S. 53 ff.; M. HAMMER, *Volksbewegung und Obrigkeiten. Revolutionen in Sachsen 1830/31*, S. 84 ff.

zu Reformen. Aufgrund der Auseinandersetzungen mit dem konservativ gesinnten greisen König Anton[40], unter dessen Alleinregierung es *quasi* zu einem Stillstand gekommen war, wurde ihm unter Umgehung der Thronfolge sein Neffe Friedrich August[41] als Mitregent, ähnlich wie in Kurhessen, zur Seite gestellt. Hervorzuheben ist, daß vor allem der sächsischen Adel sich trotz aller Vorrechte immer mehr in Opposition zum König und seiner Regierung sah. Eine liberale Adelsgruppierung um von Lindenau[42] und von Könneritz[43] arbeitete dann die Konstitution aus. Am 4. September 1831 erhielt das Königreich Sachsen eine relativ liberale Verfassung: In ihrem fünften Abschnitt beschäftigt sie sich mit der Rechtspflege. Die §§ 45-55 der Verfassungsurkunde ähneln den Bestimmungen der für ihre Zeit herausragenden kurhessischen Konstitution; erwähnenswert ist, daß jeder Verwaltungsrechtsakt justiziabel war; der Rechtsweg wurde nicht beschränkt. Ebenfalls wurde die Garantie des gesetzlichen Richters sowie ein fester Instanzenzug als Grundbedingung aufgeführt (§ 48 der sächsischen Verfassungsurkunde). Wie die fast zeitgleiche kurhessische Verfassungsurkunde wurde durch die sächsische Konstitution mittels § 142[44] ein Staatsgerichtshof und die

[40] Anton (1755, Dezember 27 - 1836, Juni 6): König von Sachsen, 1827-1836. Er war der jüngere Bruder von Friedrich August I.

[41] Friedrich August II. (1797, Mai 18 - 1854, August 9): Mitregent, 1830-1836; König von Sachsen, 1836-1854.

[42] Bernhard August von Lindenau (1779-1854): unter anderem in königlich sächsischen Diensten tätig, so Bundestagsgesandter in Frankfurt am Main, 1827-1829; Direktor der Landesökonomie-, Manufaktur- und Kommerziendeputation in Dresden, 1829-1830; Vorsitzender Minister im Gesamtministerium 1831-1843; Rücktritt 1843. Siehe zu ihm nunmehr die Biographie von I. TITZ-MATUSZAK, *Bernhard August von Lindenau (1779-1854)*, Bd. 1: «*Feind der Reaction und der Revolution*» (Veröffentlichungen aus Thüringischen Staatsarchiven, 5/1), Weimar 2000; zu verweisen ist auf die kritische Besprechung dieses Buches von R. GROSS, in «Neues Archiv für Sächsische Geschichte und Altertumskunde», 71, 2000, S. 338-339.

[43] Julius Traugott von Könneritz (1792-1866): unter anderem Appellationsrat, 1820; Hof- und Justizrat, 1825; Vortragender Rat und Stellvertreter des Grafen Einsiedel im Geheimen Kabinett für Innere Angelegenheiten, 1828; Kanzler der Landesregierung, 1830; Minister für Justiz, 1831-1846; Minister für das königliche Haus, 1831-1833; Vorsitzender des Gesamtministeriums, 1843-1848.

[44] Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen vom 4. September 1831, in *Sächsische Gesetzessammlung 1831*, § 142: «Zum gerichtlichen Schutze der Verfassung wird ein Staatsgerichtshof begründet. Diese Behörde erkennt über Handlungen der Vorstände der Ministerien, welche auf den Umsturz der Verfassung gerichtet sind, oder die Verletzung einzelner Punkte der Verfassung betreffen».

Ministeranklage[45], die ebenfalls wie in Kurhessen verpflichtend war, ermöglicht. Der Staatsgerichtshof konnte auch die Verfassung letztverbindlich auslegen, falls zwischen den einzelnen Organen Meinungsverschiedenheiten über die Interpretation einzelner Verfassungsgegenstände auftraten.[46] Die von den liberal gesinnten adligen Abgeordneten Bernhard August von Lindenau und Hans Georg von Karlowitz[47] beeinflußte Verfassung wollte daher die Macht des Königs und seiner Regierung durch die beiden Kammern des Landtags und die Möglichkeit der Ministeranklage, beziehungsweise der Verfassungsauslegung seitens des Staatsgerichtshofes transparenter machen und damit in gewissem Maße einengen[48].

Das Parlament behielt weiterhin den alten Namen «Ständeversammlung», die in zwei Kammern eingeteilt wurde und die gleiche Befugnisse hatten. Die erste Kammer setzte sich aus mindestens 45 Personen, zuzüglich der volljährigen Prinzen des regierenden Hauses Wettin, zusammen (§ 63 der sächsischen Verfassungsurkunde). Relevant ist dabei, daß die Rittergutsbesitzer zwölf, auf Lebenszeit gewählte Abgeordnete in die Kammer schicken durften; zu diesem Zeitpunkt hatte der Adel noch etwa 60% der Rittergüter inne, so daß er dadurch seinen Einfluß in der ersten Kammer weiterhin geltend machen konnte. Die erste Kammer zeichnete sich dadurch aus, daß ihre Mitglieder auf Lebenszeit gewählt wurden. Die zweite Kammer hatte 75 Mitglieder, 20 Vertreter der Rittergutsbesitzer, 25 Vertreter der Städte, 25 Vertreter der Bauern und 5 Vertreter des Handels-

[45] *Ibidem*, § 141: «Die Stände haben insbesondere auch das Recht, die Vorstände der Ministerien, welche sich einer Verletzung der Verfassung schuldig machen, förmlich anzuklagen. Finden sie sich durch ihre Pflichten aufgefordert, eine solche Anklage zu erheben, so sind die Anklagepunkte bestimmt zu bezeichnen, und in jeder Kammer durch eine besondere Deputation zu prüfen. Vereinigen sich hierauf beide Kammern in ihren Beschlüssen über die Anklage, so bringen sie dieselbe mit ihren Belegen an den nachstehend § 142 bezeichneten Staatsgerichtshof».

[46] *Ibidem*, § 153: «Wenn über die Auslegung einzelner Punkte der Verfassung Zweifel entsteht, und derselbe nicht durch Übereinkunft zwischen der Regierung und den Ständen beseitigt werden kann, so sollen die für und wider streitenden Gründe sowohl von Seiten der Regierung, als der Stände, dem Staatsgerichtshofe zur Entscheidung vorgelegt werden. Zu diesem Behufe ist von jedem Theile eine Deduction dem Gerichtshofe zu übergeben, solche gegenseitig mitzutheilen, und in einer zweiten Schrift zu beantworten, so daß jedem Theile zwei Schriften freistehen. Bei der Entscheidung giebt im Falle der Stimmengleichheit die Stimme des Präsidenten den Ausschlag. Der hierauf ertheilte Ausspruch soll als authentische Interpretation angesehen und befolgt werden».

[47] Hans-Georg von Karlowitz (1772-1840): Minister ohne Portefeuille; Kultusminister, 1836-1840.

[48] H. KRETZSCHMAR, *Das sächsische Königtum im 19. Jahrhundert*, S. 504.

und Fabrikwesens (§ 68, Nr. 1-4 der sächsischen Verfassungsurkunde). Die Abgeordneten mußten nach der dreijährigen Landtagsdauer dann austreten, wenn sie schon drei Perioden teilgenommen hatten. Sie konnten jedoch sofort wiedergewählt werden. Das aktive Wahlrecht bestand ab dem 25. Lebensjahr; wer wählen durfte, sollte ein besonderes Wahlgesetz bestimmen; wählbar waren Personen ab dem 30. Lebensjahr. Die Abgeordneten erhielten nach § 120 der Verfassungsurkunde in Verbindung mit der Landtagsordnung eine angemessene Aufwandsentschädigung, so daß dadurch auch der bäuerlichen Bevölkerung wenigstens die theoretische Möglichkeit geschaffen wurde, einen aus ihrer Schicht in die zweite Kammer wählen zu lassen.

Eine wesentliche Einschränkung der Verfassung war das Einbringungsrecht von Gesetzen, daß nur dem König oblag (§ 85). Dennoch konnten Gesetze nur mit Zustimmung der Stände erlassen, abgeändert oder authentisch interpretiert werden, so daß der Herrscher einen Konsens mit den beiden Kammern zu suchen hatte. Er konnte jedoch auf dem Verordnungswege die parlamentarische Zustimmung umgehen, da ihm ein sehr weitgehendes Verordnungsrecht durch Eilkompetenz zugestanden wurde. Ausgenommen war davon aber die Steuer- und Haushaltsbewilligung.

Die Verfassung hielt sich an weitere süddeutsche Vorbilder, wobei die Konstitutionen des Kurfürstentums Hessen und des Großherzogtums Baden vor allem Pate standen, was in der sächsischen Landesgeschichte mit der starken agrarischen Prägung der Verfassung begründet wird[49], obwohl das Land seit der Zeit des Vormärz sehr schnelle industrielle Fortschritte machte. Hinsichtlich der Justiz, des Aufbaues und der Stellung des Staatsgerichtshofes und der möglichen Ministeranklage sind die Ähnlichkeiten mit der kurhessischen Verfassung unverkennbar. Die Bezüge werden auch durch die Anfrage durch Karl Pölitz ersichtlich, der von der verfassungsgebenden Versammlung in Kurhessen Ausführungen zur kurhessischen Konstitution erbat[50].

[49] *Ibidem*, S. 495: «Die Verfassung von 1831, an süddeutsche Vorbilder sich anlehnend und darum von vornherein dem wirtschaftlich-sozialen Aufbau der Bevölkerung Sachsens durch zu starke Betonung der agrarischen, zu schwache der gewerblichen Interessen nicht voll entsprechend, ließ dem Könige schließlich alle wesentlichen, zunächst in den vorbereitenden Ausschüssen erörterten Rechte».

[50] Neben E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 110, 113, siehe auch F. THEISEN, *Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit. Kurhessische Rechtsprechung von 1821-1848* (Dissertationen zur Rechtsgeschichte, 7), Köln - Weimar - Wien 1997, S. 25, 27, 36, 38.

Vor allem das Modell des kurhessischen Staatsgerichtshof wurde in der sächsischen Verfassung, ähnlich wie in der Verfassung des Herzogtums Braunschweig[51] zugrundegelegt. Gleiches gilt für die Ministeranklage[52], die ebenfalls dem kurhessischen Vorbild auf das Engste verpflichtet ist. Die Zusammenhänge zwischen der kurhessischen und der sächsischen Verfassung sind bis jetzt noch nicht detailliert untersucht worden. So übernimmt die sächsische Konstitution fast wörtlich die kurhessischen Normen zur Rechtspflege, was angesichts der relativ unabhängigen kurhessischen Justiz[53], die in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts im gesamten Deutschen Bund einen hervorragenden Ruf genoß, nicht besonders verwunderlich ist. Vor allem die Festlegung in § 49 der Sächsischen Verfassung von 1831, daß jeder Verwaltungsakt justiziabel sei, ist auf das kurhessische Vorbild zurückzuführen und auf keinen Fall «ohne Beispiel»[54]. Die Abhängigkeiten der sächsischen Konstitution von der Verfassung Kurhessens in den vorgenannten Punkten ist evident und bedürfte weiterer genauerer Untersuchungen. Dadurch wäre es möglich, bestimmte Einflüsse und Beziehungen besser nachvollziehen zu können und damit die Kenntnis und Bewertung der sächsischen Verfassung von 1831 auf eine gesichertere Basis zu stellen.

Mehr noch als in Kurhessen hatte der liberale Adel[55] in Sachsen einen besonderen Anteil an der Gestaltung und Ausarbeitung der Verfassung[56]. Dabei ging es um die Sicherung der Eigentumspositionen und vor al-

[51] Vergleiche dazu Th. HENNE, *Verwaltungsrechtsschutz im Justizstaat. Das Beispiel des Herzogtums Braunschweig 1832-1896* (Ius Commue, Sonderheft 73), Frankfurt a.M. 1995, S. 23 ff.

[52] Zu verweisen ist auf E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 109; P. POPP, *Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage im Spannungsfeld von Verfassungsgebung und Verfassungswirklichkeit*, Münster 1996, S. 91 ff.; F. THEISEN, *Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit*, S. 305 ff.

[53] F. THEISEN, *Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit*, S. 130 ff.

[54] C. JESTAEDT, *Die sächsische Verfassung von 1831. Das Königreich Sachsen – Ein Rechtsstaat im Werden (1831-1918)*, in Th. PFEIFFER (ed), *Sachsen als Verfassungsstaat*, Leipzig 1998, S. 31: «Ein Rechtsgedanke, der Art. 19 Abs. 4 GG vorwegnimmt und im Verfassungsrecht der damaligen Zeit ohne Beispiel ist».

[55] Zum Adelsliberalismus im Allgemeinen, siehe nur C. DIPPER, *Adelsliberalismus in Deutschland*, in D. LANGEWIESCHE (ed), *Liberalismus im 19. Jahrhundert*, Göttingen 1988, S. 172 ff.

[56] So auch G. SCHMIDT, *Die Staatsreform in Sachsen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Untersuchung zum Problem des Übergangs vom Feudalismus zum Kapitalismus in der Landwirtschaft*, Weimar 1968.

lem auch um Rechtssicherheit, was besonders am ausführlichen Titel «Rechtspflege» in der sächsischen Verfassung deutlich wird. Damit wurde zunächst, unter Bezugnahme auf das kurhessische Vorbild festgelegt, das jeder Rechtsakt justiziabel ist. Administrativentscheidungen konnten damit richterlich nachgeprüft werden, etwas, was ansonsten nur rudimentär in den Staaten des Deutschen Bundes ausgebildet war. Nur in Kurhessen wurde schon seit Beginn etwa 1814 aufgrund der Anwendung der Justizstaatslehre die Überprüfbarkeit von Verwaltungsakten immer weiter ausgedehnt, so daß es 1831 nur noch einer Kodifikation des bestehenden Rechtszustandes bedurfte, um (fast) jeder Entscheidung der Administrative richterlich nachgehen zu können.

Die seit der Septemberverfassung garantierte Eigentumsfreiheit, wurde jedoch schon kurze Zeit später durch verschiedene Gesetzgebungsmaßnahmen[57] eingeschränkt, die eine freie Verfügbarkeit über das Bodeneigentum behinderten. Wie Rudolf Groß[58] und Christoph Ahcin[59] ausführen, sollte im Rahmen der Agrarreformen dadurch einer Zersplitterung der sächsischen Landwirtschaft entgegengewirkt werden. Festzuhalten ist, daß in den 1830er Jahren eine liberale Regierung ohne größere Opposition durch konservative Kreise relativ schnell mit Hilfe der zweiten Kammer der Stände wichtige gesetzliche Voraussetzungen für weitreichende Reformen schaffen konnte. Vor allem die Ablösung der meisten feudalen Rechtsverhältnisse war ein Erfolg, da es weder zu einem «Bauernlegen» wie in Mecklenburg oder in Preußen kam, noch zu einer hohen Verschuldung, da die Kreditvergabe und die Zinsen der dafür gegründeten Landrentenbank relativ moderat waren.

Ein erster Umschwung kam durch die immer konservativer werdende Regierungstätigkeit von Friedrich August III., so daß 1843 ein Regierungswechsel erfolgte; der Adel war zunehmend konservativer geworden und prägte immer mehr die Vorgehensweise in den Ministerien, was sich

[57] «Gesetz über die Zusammenlegung der Grundstücke», in *Sammlung der Gesetze und Verordnungen 1834*, S. 141-151 und «Gesetz über die Teilbarkeit des Grundeigentums», in *Gesetz- und Verordnungsblatt 1843*, S. 255-257.

[58] R. GROSS, *Die bürgerliche Agrarreform in Sachsen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Untersuchungen zum Problem des Übergangs vom Feudalismus zum Kapitalismus in der Landwirtschaft* (Schriftenreihe des Staatsarchivs Dresden, 8), Weimar 1968. S. 121 f.; DERS., *Die sächsische Landwirtschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Tendenzen der kapitalistischen Entwicklung*, in R. AURIG - S. HERZOG - S. LÄSSIG (edd), *Landesgeschichte in Sachsen. Tradition und Innovation*, Dresden 1997, S. 164.

[59] C. AHCIN, *Zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, S. 66.

vor allem bei der Umgehung der Stände zeigt. Die Regierung sah sich jedoch einer starken Opposition in der zweiten Kammer gegenüber, die von den Liberalen verschiedener Schattierung getragen wurde, unter denen der Anwalt Karl Hermann Braun[60] und der Professor für Staatsrecht in Leipzig, Karl Biedermann[61], herausragten.

Gerade die Zustimmungsbedürftigkeit der Gesetze und die Beratung in Zwischendeputationen und dann in den Kammern, wurde von konservativen Justizkreisen als nicht vorteilhaft angesehen und heftig kritisiert[62]. Seit der Niederschlagung der Revolution kam es ab 1850 zu starken reaktionären Rückschlägen durch den hochkonservativen Minister Freiherrn von Beust[63], die von der Bevölkerung auch im nachhinein als solche empfunden

[60] Dr. Alexander Karl Hermann Braun (1807-1868): Advocat in Plauen, Mitglied der 2. Kammer der Landstände, 1838; Präsident der 2. Kammer der Landstände, 1845; Vorsitzender des Gesamtstaatsministeriums, 1848-1849; Justizminister, 1848-1849; liberaler Politiker.

[61] Friedrich Karl Biedermann (1812-1901): außerordentlicher Professor für Staatswissenschaften, Staatsrecht und Volkswirtschaftslehre an der Universität Leipzig, 1838; Abgeordneter des Vorparlaments in Frankfurt, März 1848; Abgeordneter in der Nationalversammlung, 1848 (zunächst linkes, später rechtes Zentrum, Fraktion Augsburger Hof); Abgeordneter der 2. Kammer der Ständeversammlung des Königreichs Sachsen, 1849-1850. Zu diesem Politiker siehe die Biographie von R. J. BAZILLION, *Modernizing Germany. Karl Biedermann's Career in the Kingdom of Saxony 1835-1901* (American University Studies, series IX. History, 84), New York - Bern - Frankfurt a.M. - Paris 1990.

[62] Vizepräsident des Oberappellationsgerichts Einert, 1846: «Zu der klaren Überzeugung bin ich gekommen, daß der Antheil der Kammern an der Gesetzgebung der letzteren mehr Nachtheil als Nutzen bringt». Zitiert nach O. LIEBMANN (edd), *Festgabe der Deutschen Juristen-Zeitung zum 500 jährigen Jubiläum der Universität Leipzig*, Berlin 1909, Sp. 83. Carl Einert (1777-1855): unter anderem Geheimer Justizrat im Justizministerium (zuständig für Gesetzgebung), seit 1835; Oberappellationsgerichtsrat am Oberappellationsgerichts Dresden, seit 1842. Er entwarf eine Wechselordnung, die 1841 gedruckt und ab 1845 in den Ständen beraten worden ist. Kurze Zeit später entwickelte er eine neue Wechselordnung, die 1848 als Reichsgesetz angenommen worden ist.

[63] Friedrich Ferdinand Freiherr (später Graf) von Beust (1809-1886): Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen und Leipzig, 1826-1829; Eintritt in den sächsischen Staatsdienst, 1830; sächsischer Legationssekretär in Berlin, 1836-1838; sächsischer Legationssekretär in Paris, 1838-1841; sächsischer Geschäftsträger in München, 1841-1846; sächsischer Ministerresident in London, 1846-1848; sächsischer Gesandter in Berlin, 1848-1849; sächsischer Kultusminister, 1849-1853; sächsischer Minister für äußere Angelegenheiten, 1849-1866; sächsischer Minister für innere Angelegenheiten, 1852-1866; Vorsitzender des Gesamtstaatsministeriums, 1858-1866. Siehe zu ihm, für die Zeit von 1848 bis 1850, H. RUMPLER, *Die deutsche Politik des Freiherrn von Beust 1848 bis 1850. Zur Problematik mittelstaatlicher Reformpolitik im Zeitalter der Paulskirche* (Veröffentlichungen der Kommission für neuere Geschichte Österreichs, 57), Wien - Köln - Graz 1972; zu

wurden[64], was beispielsweise der bekannte Zivilrechtsprofessor Ferdinand Regelsberger, der die Handlungen der neuen Regierung als Student in Leipzig mitbekam, später heftig kritisierte[65].

Zwar wurde die Verfassung von 1831 nie formell aufgehoben, jedoch regierte der König mit seinen Ministern *de facto* an den Ständen mittels des Verordnungsrechts vorbei. Zu einer echten Verfassungskrise kam es nicht, da den bestimmenden Kreisen aus Industrie und Großagrariern ihre privatrechtlichen Freiheiten weiterhin gewährt wurden und keine Einschränkung erfuhren.

2. *Der liberale Charakter des sächsischen «BGB»*

a. Die Entwicklung zum sächsischen *BGB* von 1861-1863

Da sich das Königreich Sachsen seit den 1830er Jahren zu einem Industriestaat entwickelte, in dem neben der Fabriktätigkeit der Handel eine große Rolle spielte, waren die Stände seit ihrer Konstituierung 1831 daran

seiner Tätigkeit als Minister und den Zusammenhängen im Rahmen einer Reform des Deutschen Bundes siehe neuerdings ausführlich J. FLÖTER, *Beust und die Reform des Deutschen Bundes 1850-1866. Sächsisch-mittelstaatliche Koalitionspolitik im Kontext der deutschen Frage* (Geschichte und Politik in Sachsen, 16), Köln - Weimar - Wien 2001, bei dem auch ausführliche Bewertungen der Politik und seiner politischen Einstellung zu finden sind. Für sein Wirken in Österreich ab 1866, vergleiche nunmehr K. OLECHOWSKI-HRDLICKA, *Friedrich Ferdinand Freiherr von Beust – vom sächsischen Ministerpräsidenten zum Vollender des österreichisch-ungarischen Ausgleichs 1867*, in A. SCHMIDT-RECLA - E. SCHUMANN - F. THEISEN (edd), *Sachsen im Spiegel des Rechts*, S. 239-256.

64 Dr. Bolze: «Michaelis 1850, in der Zeit der trostlosesten Reaktion, bezog ich die Universität Leipzig, um Jurisprudenz zu studieren und zunächst bei Theodor Mommsen Institutionen zu hören. Er war eben der Reaktion zum Opfer gefallen und seiner Stellung enthoben», gedruckt in O. LIEBMANN (ed), *Festgabe der Deutschen Juristen-Zeitung zum 500 jährigen Jubiläum der Universität Leipzig*, Berlin 1909, Sp. 92; Dr. Bolze, Senatspräsident beim Reichsgericht in Leipzig.

65 F. Regelsberger: «Eine Schattenseite war der dumpfe Druck, den damals eine übermütige Reaktion auf Sachsen ausübte. Bis in die studentischen Kreise erstreckte sich die politische Überwachung und polizeiliche Schikane. Und der Erfolg? Ein steigender Haß gegen das staatliche Regiment; man freute sich über jede Widrigkeit, die ihm widerfuhr, besonders wenn sich die Nachricht verbreitete, daß weiter ein wegen politischen Vergehens Verurteilter der Haft entronnen sei», gedruckt in O. LIEBMANN (ed), *Festgabe der Deutschen Juristen-Zeitung*, Sp. 91-92. Dr. Ferdinand Regelsberger (1831-1911): außerordentlicher Professor an der Universität Zürich, 1862; ordentlicher Professor an der Universität Zürich, 1863; Professor an der Universität Gießen, 1868-1872; Professor an der Universität Würzburg, 1872-1881; Professor an der Universität Göttingen, 1884-1907.

interessiert, ein Zivilgesetzbuch erarbeiten zu lassen, das die wirtschaftlichen Neuerungen dieser Zeit berücksichtigte. Erst der Landtag von 1851/52 bestimmte eine Zwischendeputation, die sich aus Mitgliedern der 1.[66] und 2[67]. Kammer zusammensetzte. Sie sollte die verschiedenen Gesetzentwürfe erörtern und vorstellen. An dieser Kommission nahm auch Prinz Johann[68] von Sachsen teil, der seit 1831 in der ersten Kammer des sächsischen Landtages saß und aktiv am parlamentarischen Leben mitwirkte, wobei seine Beiträge zwischen einer gemäßigt konservativen Richtung und einer liberalen Haltung schwankten[69].

[66] Die Zwischendeputation der 1. Kammer war aus folgenden Personen gebildet: 1) Eduard Heinrich von Schönfels, 2) Gustav von König, 3) Curt Robert von Welck (-Riesa), 4) Johann Friedrich Müller, 5) Ernst Ludwig Hennig, 6) Ludwig von Zehmen, 7) von Römer. Gerade die Zwischendeputation der 1. Kammer setzte sich fast durchgängig aus hochkonservativen Personen zusammen, beispielsweise war Curt Robert von Welck (-Riesa) im Leitenden Ausschuß des hochkonservativen Sächsischen Vereins (vgl. zu den Kontakten in das Innenministerium nur: Sächsisches Hauptstaatsarchiv Dresden, *Nachlaß v. Welck*, Bad. 11/3, 1850, September 14). Gemäßigt konservativ war der einstige Regierungsrat Ludwig von Zehmen. Dem gegenüber waren die Bürgermeister von Grimma, Ernst Ludwig Hennig und Chemnitz, Johann Friedrich Müller, gemäßigt liberal.

[67] Die Mitglieder der 2. Kammer für diese Aufgabe waren: 1) Dr. Hermann Theodor Haase, 2) Theodor von Criegern, 3) Daniel Ferdinand Haberkorn, 4) Anton; 5) Robert Georgi, 6) Johann August Scheibner, 7) Ludolph Hermann Kasten, 8) Dr. Gustav August Hertel, 9) Dr. Richard Wahle. Als gemäßigt konservativ kann der Oberappellationgerichtsrat Theodor von Criegern angesehen werden. Robert Georgi war Altliberaler und Märzminister, der auch später bei den Beratungen zum *Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch* (*ADHGB*) in Nürnberg mitwirkte.

[68] Johann (1801, Dezember 12 - 1873, Oktober 29): König von Sachsen, 1854-1873. Er war der jüngere Bruder von Friedrich August II. Zu einer kurzen Bewertung siehe K. BLASCHKE, *Das Königreich Sachsen 1815-1918*, in K. SCHWABE (edd), *Die Regierungen der deutschen Mittel- und Kleinststaaten 1815-1933*, Boppard 1983, S. 83 f., der die Anpassungsfähigkeit des Königs an die neuen Begebenheiten besonders hervorhebt. Dafür spricht ebenfalls seine Tätigkeit in der Kommission zur Erarbeitung des sächsischen *BGB* sowie seine Ausbildung als Jurist, wodurch er wohl die verfassungsrechtlichen Grundlagen eher zu respektieren gedachte als einige andere Landesfürsten, die Verfassungen revidieren (siehe nur Kurfürst Friedrich Wilhelm I. von Hessen) oder oktroyieren ließen (siehe nur die preußische Verfassung von 1850). Möglicherweise liegt darin auch die Ursache, daß die sächsische Verfassung unter der Regierung von Beusts nicht mehr revidiert worden ist.

[69] Siehe die Nachweise der Reden vor der 1. Kammer des Landtages und die Mitteilungen, die J.P. VON FALKENSTEIN, *Johann König von Sachsen. Ein Charakterbild*, Dresden 1879, S. 276 ff. zusammengetragen hat. Der Autor dieser Betrachtung war ein enger Vertrauter des Königs, so daß seine Darstellung teilweise an einen Panegyrikus erinnert. Dennoch sind die Ausführungen für eine Betrachtung dieser Zeit heranzuziehen, da sie von einer intimen Kenntnis der Handlungen des Herrschers zeugen.

Gustav Ferdinand Held[70] erarbeitete einen Entwurf zu einem *Bürgerlichen Gesetzbuch* für das Königreich Sachsen, der 1853 erschien. Das Gesamtministerium übergab mit Beschluß vom 2. April 1853 die Vorlage den Zwischendeputierten zur Vorberatung. Prinz Johann, selbst Jurist[71], schrieb darüber nieder, daß die Zwischendeputation eine sehr umfassende Aufgabe wahrzunehmen habe[72]: «Sie sollte nichts weniger als ein neues bürgerliches Gesetzbuch, ein Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Streitigkeiten, ein revidiertes Criminalgesetz nebst Criminalverfahren und ein Gesetz über Organisation der Justiz und Verwaltungsbehörden nebst einigen andern mit diesen Vorlagen zusammenhängenden Entwürfen beraten». Der Prinz legte die Vorgehensweise der Beratung zu diesen Gesetzbüchern dar: Zunächst sollten, nachdem die Deputationen die Entwürfe genehmigt hätten, diese mit den Regierungsvertretern besprochen werden. Die Divergenzen sollten dann in den beiden Deputationen der 1. und 2. Kammer beraten werden, um in einer gemeinsamen Sitzung zu einem endgültigen Ergebnis zu gelangen; weder eine Prozeßordnung noch das *BGB* kamen zustande, wobei letzteres nur «teilweise durchberaten werden» konnte[73]. Nach Ansicht

[70] Dr. Gustav Ferdinand Held (1804-1857): Privatdozent an der Juristenfakultät der Universität Leipzig; Appellationsgerichtsrat; Oberappellationsgerichtsrat; Vizepräsident der 2. Kammer des Landtages, 1849/50; Justizminister der Übergangsregierung, 1849; Vorsitzender des Königlichen Gesamtministeriums, 1849. Er veröffentliche im Zusammenhang mit der Erarbeitung des sächsischen *BGB* wichtige Überlegungen: 1) DERS., *Ueber deutsche Nationalgesetzgebung. Ein Wort an alle deutsche Regierungen*, Dresden - Leipzig 1848; 2) DERS., *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen in seinem Entstehen und in seinem Systeme dargestellt*, Leipzig 1852; 3) DERS., *Erläuterungen zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen zur Entgegnung auf die hierüber ausgesprochenen kritischen Bemerkungen. Allgemeine und den ersten Theil betreffende Erläuterungen. Nebst einem Verzeichnisse der bei dem Druck des Entwurfs übersehenen Berichtigungen*, Leipzig 1853.

[71] H. KRETZSCHMAR, *Das sächsische Königtum im 19. Jahrhundert*, S. 486: «Er ist Jurist aus Passion und an allen Verwaltungsfragen, besonders aber auch am Unterrichtswesen interessiert».

[72] H. KRETZSCHMAR (ed), *Lebenserinnerungen des Königs Johann von Sachsen*, S. 265: «Im Frühling des Jahres 1853 war auch die große ständische Zwischendeputation zusammengetreten, welche auf dem letzten Landtage niedergesetzt worden war. Sie hatte wohl die umfassendste Aufgabe, welche wohl je einer Deputation gegeben worden war».

[73] *Ibidem*, S. 265-266: «Ich war in dieselbe gewählt worden und meine Teilnahme war die letzte aber ziemlich angestrengte ständische Tätigkeit, die mir zu Teil wurde. Die Behandlungsart war diesmal von den frühern, ähnlichen Beratungen in etwas verschieden, als nach dem Durchgehen der Entwürfe in den Deputationen und Besprechung mit den Regierungscommissarien eine Mitteilung der Ansichten in den beiden Deputationen der 1. und 2. Kammer und dann in vereinigten Sitzungen eine Verständigung über die

Johanns[74], diente die Arbeit «als Material bei einer neuen Revision des Entwurfs». Als Referent für das *BGB* war der Appellationsrat Gustav von König ausersehen[75]. Da die Kritik an der Kodifikation seitens der Rechtswissenschaft und der Stände sehr groß war, wurde eine Beratung in den Kammern erst einmal gar nicht durchgeführt. Gerade die hochkonservative Gruppierung in den beiden Kammern war nicht von der Notwendigkeit einer privatrechtlichen Kodifikation zu überzeugen. Um sie nicht gegen die weiteren Justizreformen wie beispielsweise die Einführung von Instanzenzügen und die Beschränkung sowie Abschaffung der Patrimonialgerichtsbarkeit[76] zu gefährden, ließ Ferdinand von Beust den Entwurf vor dem außerordentlichen Landtag von 1854 zurückziehen.

Die gemäßigt liberalen Kreise forderten jedoch weiterhin ein Zivilgesetzbuch: Die in ihr Lager gehörende «Sächsische Constitutionelle Zeitung» artikulierte häufig den Wunsch nach einer Privatrechtskodifikation, da sich die Lebens- und Geschäftsverhältnisse gewandelt hätten.[77] Die Revisionsdeputation, an der auch Rechtswissenschaftler aus den thüringischen Staaten teilnahmen, hatte keine ständischen Mitglieder mehr. Sie legte 1860 einen neuen Entwurf vor, der wiederum von der Rechtswissenschaft[78] und der liberalen Opposition[79] heftig kritisiert wurde.

Verschiedenheit stattfand und fast durchgängig, so weit die Arbeit überhaupt zu Stande kam, zum Ziele führte».

74 *Ibidem*, S. 266: «Das bürgerliche Gesetzbuch konnte nur teilweise durchberaten werden; doch diente unsre Arbeit als Material bei einer neuen Revision des Entwurfs». Ähnlich die Beurteilung bei J.P. von Falkenstein, *Johann König von Sachsen. Ein Charakterbild*, S. 175: «Die Deputation trat im Frühjahre 1853 zusammen. Mehrere dieser Gesetzesvorlagen sind zwar nicht zu Stande gekommen; aber die überaus gründlichen Berathungen haben doch vieles gutes Material für die Zukunft geliefert, und es ist bekannt, welch treffliches bürgerliches Gesetzbuch daraus hervorgegangen ist». Tatsächlich hat die Revisionskommission aber die Materialien der Zwischendeputation nicht erhalten.

75 H. Kretzschmar (ed), *Lebenserinnerungen des Königs Johann von Sachsen*, S. 266: «Referent war Appellationsrat von König».

76 Siehe dazu S. Werthmann, *Vom Ende der Patrimonialgerichtsbarkeit. Ein Beitrag zur deutschen Justizgeschichte des 19. Jahrhunderts* (Ius Commune, Sonderheft 69), Frankfurt a.M. 1995.

77 «Sächsische Constitutionelle Zeitung», Nr. 78 vom 7. April 1853: «eine neue umfassende Codification für das Privatrecht (ist) eine Frage der Nothwendigkeit geworden».

78 Siehe dazu auch «Deutsche Allgemeine Zeitung», Nr. 198 vom 25. August 1861, S. 2012 f.; «Sächsische Constitutionelle Zeitung» Nr. 200 vom 28. August 1861.

79 So beispielsweise die «Sächsische Constitutionelle Zeitung», Nr. 167 vom 20. Juli 1861.

1863 war es dann soweit. Die ständischen Zwischendeputationen hatten den von der Revisionsdeputation vorgelegten neuen Entwurf angenommen, der sofort die Billigung der beiden Kammern erfuhr. Durch die Verordnung, die Publikation des Bürgerlichen Gesetzbuches betreffend, vom 2. Januar 1863, gab König Johann bekannt, daß die Bearbeitung unter Zustimmung der Stände zustandegekommen sei.

Das sächsische *BGB* trat mit der *Verordnung die Ein- und Ausführung des BGB für das Königreich Sachsen vom 9. Januar 1865 betreffend* am 1. März 1865 in Kraft. Nach dem Urteil Franz Wieackers war «die Entscheidung des sächsischen Gesetzbuchs für das Pandektensystem und einen Allgemeinen Teil» bemerkenswert[80].

b. Konservative Elemente in dem Gesetzbuch

Bedingt durch die Industrialisierung, die in Sachsen im Laufe des 19. Jahrhunderts immer weiter fortschritt, wurde einerseits die Frage nach einem verfassungsrechtlich garantierten Rechts- und Eigentumsschutz als eine Grundbedingung und andererseits die Garantie der Privatautonomie seitens des liberalen Bürgertums gefordert. Neben der Verfassung, die jedoch durch die Restaurationszeit ab 1850 ausgehöhlt war und auch nach mehr als 20 Jahren gerade im Hinblick auf die Rechtspflege immer noch als eine nicht umgesetzte Absichtserklärung (beispielsweise waren weder die Patrimonialgerichte noch die weitgehend konkurrierende Gerichtsbarkeit abgeschafft worden[81]) angesehen werden konnte, war auch in weiten Teilen der zweite Entwurf des sächsischen *BGB* kaum dazu geeignet den liberalen Vorstellungen entgegenzukommen. Die liberale Kritik stellte vor allem auf die Übernahme von gemeinrechtlichen familien- und erbrechtlichen Regelungen ab, die die Privatautonomie konterkarierten[82].

[80] F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967², S. 464, Anm. 13. Er teilt aber nicht ganz folgende Feststellung von P. KOSCHAKER, *Europa und das Römische Recht*, München 1966⁴, S. 268: «im sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch von 1863, das fast ein in Paragraphen umgegossenes Pandektenlehrbuch ist ...».

[81] Siehe zu den starken Vorbehalten der Konservativen gegen eine Justizreform, die aber die Verfassung von 1831 in ihrem Titel «Rechtspflege» impliziert, nur die Darlegungen bei A. NEUMANN, *Landtag und Politik in der Reaktionszeit*, S. 387.

[82] So auch *ibidem*, S. 388. Die Kritik richtete sich aber nicht gegen das Römische Recht (in dieser Hinsicht argumentiert A. Neumann), sondern gegen Rechtsinstitute die durch das Gemeine Recht entwickelt worden und auf das Engste mit den Feudalstrukturen der Frühen Neuzeit verbunden waren.

Vor allem das Bürgertum, das in Handel und Gewerbe tätig war, war an der Durchsetzung eines Verfassungsstaates und eines liberalen Privatrechts interessiert, um hinsichtlich seiner Tätigkeit Rechtssicherheit zu erlangen. Die «zentralen Elemente»[83] des bürgerlichen Modells waren daher die Grundbegriffe der Eigentums-, Vertrags- und Testierfreiheit, die jedoch allesamt durch die Kodifikation des Instituts des Fideikommisses stark eingeschränkt worden waren.

Dieser Vorstellung von Liberalismus entsprachen, trotz der idealistischen und politisch meist konservativen Einstellung der Historischen Schule, die Voraussetzungen der Pandektenwissenschaft. Sie kam den liberalen politischen und wirtschaftlichen Idealen am nächsten, da sie mit ihrem Rückgriff auf das klassische Römische Recht die privatrechtliche Freiheit des Einzelnen am stärksten propagierte. Die Gestaltungsfreiheit im Privatrecht, die sich in der Privatautonomie widerspiegelt, ging mit den Vorstellungen des liberalen Bürgertums konform. Durch die Pandektistik wurden die Erwartungen einer expansiven und extensiven Unternehmergesellschaft rechtlich fixiert. Diese Gesellschaft war auf eine freie Vertragsschließung, Kapitalanlage, freie Vererbung und Gläubigerschutz angewiesen[84]. Fideikommisse waren hingegen rückwärts gewandte Rechtsinstitute, die die Privatautonomie erheblich einschränkten. Eine freie Verfügung über die fideikommissarisch gebundenen Güter war nach den neuen sächsischen Normen nicht mehr möglich. Auch darin hielt sich das Gesetzbuch an die durch die Rechtswissenschaft[85] entwickelten Grundlinien, die bis 1918 Geltung hatten.

Bestimmte Einschränkungen wurden aber seitens der beiden ständischen Zwischendeputationen gemacht, die das Gesetzbuch auf halbem Wege stehen ließen: § 3 der Publications=Verordnung legte fest, daß unter anderem verschiedene Rechtsinstitute, die sich seit dem Mittelalter herausgebildet und dogmatisch im *Ius Commune* weiter gefestigt worden sind, bestehen blieben. In § 3 Nr. 3 wurden die Bannrechte, die Erbpacht- und Erbzinsgüter weiterhin anerkannt; in § 3 Nr. 4 wurden die lehnsrechtli-

[83] So J. KOCKA, *Bürgertum und Bürgerlichkeit als Problem der deutschen Geschichte vom späten 18. zum frühen 20. Jahrhundert*, in DERS., (ed), *Bürger und Bürgertum im 19. Jahrhundert*, Göttingen 1987, S. 34 und Anm. 40.

[84] F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953, S. 8; A. KAISER, *Industrielle Revolution und Privatautonomie*, in «Kritische Justiz», 9, 1976, S. 60 f.

[85] C. VON SALZA, Art. *Familienfideikommiß*, in J. WEISKE (ed), *Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten ...*, Bd. 4, Leipzig 1843, S. 247.

chen Bestimmungen als rechtsgültig angesehen; die Aufteilung in Ober- und Untereigentum blieb bestehen. Eine Neubegründung wurde aber durch § 226 sächsisches *BGB* verhindert. Dadurch war das an sich der Pandektistik und dem liberalen Gedankengut verpflichtete Gesetzbuch, das Eigentumsfreiheit, Vertragsfreiheit und Testierfreiheit festlegte, in seiner materiellrechtlichen Eigentumsordnung sehr eingeschränkt.

Hinzu kam noch eine gesetzliche Neuerung, die ebenfalls dogmatisch nicht mit den vorgenannten Grundgedanken des Gesetzbuches zu vereinbaren ist: Das sächsische *BGB* legte in den §§ 2527 ff. fest, daß Familienfideikommisse möglich sind und nur wenn sie über eine gewisse Erbfolge hinausgehen, der Zustimmung des Landesherren bedürfen. Zwar bedeutete dies die Festschreibung des seit Philipp Knipschildt[86] angewandten und anerkannten Rechtsinstituts: Dennoch ist dabei zu bedenken, daß noch in den 1860er Jahren in Sachsen dieses Institut, das eine enorme Einschränkung der Eigentumsfreiheit und der Testierfreiheit bedeutete, in einer sonst relativ liberalen Privatrechtskodifikation eine Normierung erfuhr. Neben diesen Bestimmungen im sächsischen *BGB* kam die Regierung kurze Zeit später den Forderungen der konservativen Kräften unter den Großgrundbesitzern und dem Adel nochmals nach. Ähnlich wie in Preußen ab den 1850er Jahren wurde seit dem Inkrafttreten des sächsischen *BGB* die Allodifizierung der Lehen vorangetrieben, eine Maßnahme, die in anderen Ländern des ehemaligen Deutschen Bundes schon lange abgeschlossen war. Durch ein Gesetz vom 28. Februar 1882 sollte die Allodifikation der Lehen durch Bildung von Familienfideikommissen vorangetrieben werden. Die Errichtung dieser in Sachsen als Anwartschaften bezeichneten Einrichtungen war ähnlich wie in Preußen dazu gedacht, dem Adel die Abkehr von den gemeinrechtlichen Instituten des Lehnsrechts zu erleichtern. Damit war Sachsen eines der letzten Länder, in denen dieser Prozeß erst relativ spät angegangen worden ist. Zwar durften keine neuen Lehen begründet werden, jedoch war ihre Ablösung, die in der Verfassung vorgesehen und durch Spezialgesetze unterstützt wurde, nicht so erfolgversprechend gewesen. Die Regierung versuchte durch die Bildung von Fideikommissen die Beendigung dieser auch schon für die damalige Zeit anachronistischen Rechtinstitute und Rechtszustände herbeizuführen[87].

86 Siehe vor allem J. ECKERT, *Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland* (Rechtshistorische Reihe, 104), Frankfurt a.M. - Bern - New York - Paris - Wien 1992.

87 Bezeichnend ist die Auffassung von R. KLOSS - H. MÜLLER, *Sächsisches Landesprivatrecht*, Halle a.d. Saale 1927³, S. 262: «Schon vorher hatte sich die sächsische Gesetzgebung auf

Die Kritik der Nationalökonomie an den Fideikommissen war aufgrund der Bindungswirkung vehement. Neben Lujo Brentano[88] traten vor allem Lorenz von Stein[89] und auch August von Miaskowski[90] vehement gegen eine Beibehaltung der gebundenen Familiengüter ein. Nach ihrer Ansicht würden sie eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung nicht gewährleisten.

Beispielsweise wandte sich Johannes Conrad[91] dagegen und forderte eine maßvolle Auflösung der Familienfideikommisse durch ein Verbot der Neubegründung und eine Hektarbegrenzung. Er sah darin eine sozialpolitische Notwendigkeit und das wirksamste Mittel, eine sozial-(demokratische) Bewegung aufzuhalten.

Dahingegen trat der Leipziger Zivilrechtswissenschaftler Carl Friedrich (von) Gerber[92] für eine Beibehaltung und einen Ausbau der Fideikommisse ein: seine Ausführungen entsprechen daher gerade den Normierungen im sächsischen *BGB*, das nicht wie in Preußen mittels Sondergesetze eine Begünstigung der Fideikommisse zu erreichen gedachte[93], sondern sie direkt in das *Bürgerliche Gesetzbuch* integrierte, eine Maßnahme, die die Einheitlichkeit des Gesetzbuchs sehr störten. Dem folgte auch, aus deutschrechtlichen Gründen, vor allem Otto von Gierke[94], der dies jedoch

diesem Gebiete betätigen müssen, indem sie bei dem Versagen des bürgerlichen Rechts zur Erleichterung der Allodifikation der Lehen die Errichtung von Familienanwartschaften daran durch formloses Rechtsgeschäft unter Lebenden zuließ».

88 L. BRENTANO, *Familienfideikommisse und ihre Wirkungen* (Volkswirtschaftliche Zeitfragen, 33), Berlin 1911, S. 135 f., 210.

89 L. VON STEIN, *Die drei Fragen des Grundbesitzes*, Stuttgart 1881, S. 4 f.

90 A. VON MIASKOWSKI, *Das Erbrecht und die Grundeigentumsverteilung im Deutschen Reich*, Leipzig 1884, S. 65 ff.

91 J. CONRAD, *Fideikommisse II. Die volkswirtschaftliche und sozialpolitische Bedeutung der Fideikommisse*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Bd. 4, Jena 1909[3], S. 116 f.

92 C.F. VON GERBER, *Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideikommiss*, in DERS., *Gesammelte Juristische Abhandlungen*, Jena 1878[2], S. 105 f. Er bezeichnete dieses Institut als einen «lebenden Baum, der unter der sorgsamen Pflege der Nachfolger fort und fort mit der Familie gedeiht und wächst».

93 Siehe zu den Majoraten die Begründung für das Verfassungsänderungsgesetz vom 5. Juni 1852, in: *Stenographische Berichte der Verhandlungen der 2. Kammer des preußischen Landtages*, 1851/52, Drucksache Nr. 201. Vgl. A.G. MANCA, *La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*, (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Monografie, 21) Bologna 1995, S. 171 ff., 187 ff.

94 O. VON GIERKE, *Die Stellung des künftigen bürgerlichen Gesetzbuchs zum Erbrecht in ländlichem Grundbesitz*, in «Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft», 12, 1885, S. 429 ff.

aus dem Gedanken einer möglichen Zersplitterung der Güter, ähnlich wie im Anerbenrecht, als eine ökonomische Notwendigkeit ansah.

Die Väter des deutschen *BGB*, an dem seit den 1870er Jahren gearbeitet wurde, gingen nicht mehr soweit, das Fideikommiß gesetzlich festzulegen: So lehnte auch R. Johow[95] (Berlin) als Redaktor des Sachenrechts des neu zu entwerfenden deutschen *BGB* die Majorate aus volkswirtschaftlichen und juristischen Argumenten ab. Durch die Vermögensbindung war die Eigentumsfreiheit, die Testierfreiheit und der Gläubigerschutz nur in geringem Umfang oder gar nicht gewährleistet. Gottfried von Schmitt[96] (München), Redaktor des Erbrechts des neuen *BGB*, äußerte sich dergestalt, daß Majorate nur landesgesetzlich dort geregelt werden sollten, wo es sie schon gebe. Er wollte eine Ausbreitung dieses Rechtsinstituts verhindern. Der Redaktor plädierte sogar für eine Aufhebung. Damit würde eine «Anomalie des Rechts» beseitigt, die nach seiner Auffassung nur dazu diente, einem engen Personenkreis die politische Vormachtstellung zu erhalten.[97] Sie ließen jedoch die landesgesetzlichen Vorschriften dazu nach Art. 59 *EGBGB*[98] unberührt. Erst mit Art. 155 Absatz 2 Satz 2 Weimarer Reichsverfassung[99] wurde die Auflösung der gebundenen Vermögen eingeleitet.

Mit der Normierung der Familienfideikommisse, für die sich die Zwischendeputation der 1. Kammer der sächsischen Landstände stark machte, wurde das konservative Element gestärkt. Es ist hervorzuheben, daß die Fideikommisse im Gegensatz zu Preußen – nur aus Landvermögen – bestehen

[95] Vorlage Nr. 2, S. 16, in W. SCHUBERT (ed), *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB. Sachenrecht*, Tl. III, Berlin - New York 1982, S. 1026.

[96] Vorlage Nr. 3, S. 1, *ibidem*, S. 1111.

[97] Vorlage Nr. 3, S. 18, *ibidem*, S. 1128; siehe auch H.-G. MERTENS, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht* (Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 16), Berlin 1970, S. 137 und ihm folgend J. ECKERT, *Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland*, S. 575 werten die totale Ablehnung des Instituts durch Gottfried von Schmitt als Ausfluß von dessen kleinbürgerlicher Herkunft.

[98] Art. 59 *EGBGB*: «Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse und Lehen, mit Einschluß der allodifizierten Lehen sowie der Stammgüter». Diese Norm stellt einen Kompromiß dar. Im Gegensatz zum sächsischen *BGB* wurde jedoch zu Recht eine Bindung des Eigentums als nicht mit dem liberalen, pandektistischen Grundgedanken des *BGB* konform angesehen.

[99] Weimarer Reichsverfassung Art. 155 Abs. 2 Satz 2: «Die Fideikommisse sind aufzulösen».

konnten. Somit kam die Zwischendeputation den konservativen agrarischen Interessen entgegen, die an einer Festigung des Familienvermögens interessiert waren. Die volkswirtschaftliche Schädigung durch die Fideikommisse kann hier nicht erörtert werden. Folgende Zahlen zeigen, daß die Großbauern und Großgrundbesitzer, die 1864/65 20% der Landwirte (18,8% Großbauern; 1,2% Großgrundbesitzer) stellten, 55,8% der landwirtschaftlichen Nutzfläche bewirtschafteten[100]. Die Fideikommisse waren Relikte aus dem *Ius Commune*, die die an sich liberale 2. Kammer und ihre Zwischendeputation durchgehen ließ und somit die konservativ denkenden Rittergutsbesitzer förderten. Den konservativen Vertretern war es somit gelungen ihre Herrschaftsinteressen durchzusetzen und feudale Rechtsinstitute wie das Fideikommißrecht in einem an sich modernen Gesetzbuch zu konservieren[101]. Eine Eigentumsmobilisierung, wie sie eigentlich die sächsische Verfassung von 1831 als wünschenswert festgelegt hat, wurde damit verhindert. Gerade der Großgrundbesitz wurde auf diese Weise abgesichert. Das sächsische *BGB*, das eigentlich den freien Wirtschaftsverkehr durch einheitliche nachvollziehbare Vorschriften im Sinne der altliberalen Vorstellungen fördern sollte, wurde durch diese Bestimmungen eingeschränkt. Zwar diente das sächsische *BGB* den Interessen des Wirtschafts- und Industriebürgertums, in dem es weitgehende Vorschriften zur Eigentums- und Vertragsfreiheit aufnahm, jedoch kehrte es sofort wieder von diesen freiheitlichen Vorstellungen um, in dem die konservativen Kräfte die wichtigen Bereiche des Bodenrechts durch ihre Vorstellungen prägen konnten. Dadurch kam es zu einer Perpetuierung spätfeudaler Rechtsanschauungen im immer noch – auch in Sachsen – elementaren Bereich des Boden- und Grundstücksrechts, dessen Verfügbarkeit enorm eingeschränkt war. Zuzustimmen ist Rainer Schröder[102], der dieses Schaffen von Sonderrechten für Privilegierte als besonders folgenschwer bezeichnet.

[100] R. GROSS, *Die sächsische Landwirtschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Tendenzen der kapitalistischen Entwicklung*, in R. AURIG - S. HERZOG - S. LÄSSIG (edd), *Landesgeschichte in Sachsen. Tradition und Innovation*, Dresden 1997, S. 165.

[101] Vgl. ähnlich Th. VORMBAUM, *Einführung*, in DERS. (ed), *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation* (Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, 24), Berlin - New York 1977, S. XLV.

[102] R. SCHRÖDER, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts. Die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitströmungen* (Münchener Universitätsschriften. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 46), Ebelsbach 1981, S. 27 f.; ähnlich auch F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 461.

Der Aussage Hellmut Kretzschmars[103] «daß, die politisch-soziale Bedeutung des Adels und des ländlichen Großgrundbesitzes weniger stark als im benachbarten Preußen im Staatsleben und in der Fundamentierung der Monarchie hervortritt», kann nicht gefolgt werden. Die Stärkung der Konservativen in Sachsen zeigt sich in dem vorgestellten Abschnitt der Privatrechtskodifikation, die ansonsten liberalen Grundtendenzen verpflichtet war. Die Aufnahme dieser Bestimmungen ergibt gleichfalls einen Widerspruch in der materiell-rechtlichen Eigentumsordnung. Ein starkes konservatives Element hat sich somit in den ständischen Zwischendeputationen durchsetzen können.

Während das Familienfideikommiß mit seinen vermögens- und erbrechtlichen Aspekten fest den feudalen und ständischen Wurzeln, wie sie in ihrer gemeinrechtlichen Ausprägung Philipp Knipschildt entwickelte, verhaftet blieb, war das sächsische *BGB* an sich dem Gedankenmodell des Liberalismus zugewandt und somit den Grundsätzen der Verfassung von 1831 verpflichtet. Zu der Übernahme der pandektistischen Vorstellungen paßte dann das Familienfideikommiß nicht mehr. Während auf der einen Seite die Betonung des subjektiven Elements im Gesetzbuchs stand, wurde auf der anderen Seite die Möglichkeit der Bodenbindung beibehalten, um die konservativen Kräfte innerhalb der Kammern ruhig zu stellen.

Dennoch geht beispielsweise Andreas Neumann[104] davon aus, daß durch das sächsische *BGB* «zugleich traditionelle rechtliche Brücken» abgebrochen worden sind. Er argumentiert dergestalt, «gesellschaftliche Privilegien, vor allem von Korporationen und Adelsträgern, die sich auf das 'gemeine Recht' stützen, hatten nun kein Fundament mehr».

Die Bewertung von Andreas Neumann kann nicht nachvollzogen werden. Gerade mittels des Fideikommisses hat das sächsische *BGB* ein Rechtsinstitut des *Ius Commune* übernommen, daß sehr stark die Privatautonomie beschränkte und eine freie Verfügung über den Boden kaum mehr zuließ. Damit blieben Privilegien der Großgrundbesitzer (und des Adels) erhalten. Die Verbindungen zu den Rechtsauffassungen und -grundlagen der Frühen Neuzeit zeigen sich dadurch besonders drastisch. Das sächsische *BGB*, das sich in weiten Teilen sehr fortschrittlich darstellt, hat durch das konservative Element der Bodenbindung althergebrachte Vorstellungen gestärkt. Von dieser Bestimmung ist keine modernisierende Wirkung ausgegangen. Es trug nur zur Festigung der schon vorhandenen

[103] H. KRETZSCHMAR, *Das sächsische Königtum im 19. Jahrhundert*, S. 502.

[104] A. NEUMANN, *Landtag und Politik in der Reaktionszeit*, S. 390.

Strukturen bei. Die verfassungsrechtlich garantierte Eigentumsfreiheit war hinsichtlich dieser Güter nicht gegeben. Es bedürfte nunmehr genauerer (auch statistischer) Untersuchungen, inwiefern es seit Inkraftreten des sächsischen *BGB* zu Zunahmen der Gründung von Fideikommissen kam, also ob es eine parallele Entwicklung wie in Preußen gab. Das ist jedoch nicht die Aufgabe des Beitrages. Es konnte jedoch anhand des Zivilgesetzbuches gezeigt werden, daß durch die konservativen Kräfte die Verfassungswirklichkeit auch hinsichtlich der garantierten Privatautonomie betreffend des Bodens immer noch den Vorstellungen der Frühen Neuzeit verbunden und verpflichtet war. Die Verfassung wurde auch in dieser wichtigen Komponente umgangen. Zwar stellt § 27[105] der sächsischen Verfassung von 1831 die Eigentumsfreiheit unter Gesetzesvorbehalt, jedoch impliziert diese Norm eigentlich die freie Verfügbarkeit und nicht eine Beschränkung durch das Privatrecht. Das Problem liegt somit darin, daß der Gesetzesvorbehalt weiter ausgedehnt wird, als die Verfassung eigentlich vorsieht. Eine richterliche Überprüfung der einschränkenden Normen hat jedoch zu keinem Zeitpunkt stattgefunden.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Verfassung gerade in der wichtigen Materie der Privatautonomie, die von ihr speziell geschützt worden ist, durch verschiedene gesetzliche Maßnahmen, zuletzt durch die Kodifikation der Möglichkeit der Errichtung von Fideikommissen, keine Anwendung fand. Erwähnenswert ist jedoch, daß die liberale Opposition nicht auf dem Rechtswege gegen die Verfassungsverletzung vorging. Ministeranklagen vor dem Staatsgerichtshof kamen in Sachsen nicht vor; eine authentische Interpretation der Verfassung vor dem Staatsgerichtshof, wie in der Konstitution vorgesehen, fand nicht statt. Das Gesagte verdeutlicht besonders gut, daß die sächsische Konstitution von 1831 implizit durch eine konsequente Nichtanwendung geändert worden ist. Die Regierung und die sie unterstützenden Gruppierungen nahmen die verfassungsrechtlichen Bestimmungen nicht war. Es kam nicht zu einer direkten Revision der Konstitution. Durch die strikte Durchbrechung der Privatautonomie, der weiteren Perpetuierung gemeinrechtlicher Institute und die nicht vorhandene Mobilisierung des Bodens, wurde die Verfassung in wichtigen Regelungen obsolet. Obwohl die Konstitution von 1831 ohne Zweifel neben der kurhessischen Verfassung einer der liberalsten Bestimmungen im damaligen Deutschen Bund war, wurde sie durch ihre konsequente Nichtanwendung – überspitzt formuliert – gerade hinsichtlich

[105] § 27 sächsische Verfassung 1831: «Die Freiheit der Person und die Gebahrung mit dem Eigenthume sind keiner Beschränkung unterworfen, als welche Gesetz und Recht vorschreiben».

bedeutender verfassungsrechtlicher Garantien negiert. Es bedürfte weiterer detaillierter Untersuchungen darüber, in welcher Form es zu einer Aushöhlung dieser Verfassung kam, die vor allem auf dem Papier fortschrittlich war, in der Verfassungswirklichkeit aber im Kontext wichtiger Entscheidungen kaum wahrgenommen worden ist.

3. *Die Diskussion und Ausarbeitung der Wahlgesetze in den 1860er Jahren*

Ein weiteres Beispiel zeigt wie die Regierung und die Mehrheit in den Kammern mit der Konstitution umgegangen ist und sie für ihre Zwecke instrumentalisiert hat. Die Wahlreformbewegung der Jahre 1860/61 belegt deutlich die Problematik der Restaurationszeit in Sachsen.

Seit dem Jahr 1860 wurde ein neues sächsisches Wahlrecht zu den Landtagen wiederum thematisiert. Grund dafür war zunächst die Profilierung neuer liberaler Kandidaten für die Ergänzungswahlen 1860[106]. Interessant ist bei dieser Diskussion der Verweis auf den Antrag[107] aus der kurhessischen 2. Kammer auf Wiederherstellung des kurhessischen Wahlgesetzes[108] von 1849, wobei Bundesrechtswidrigkeiten ausgeschaltet werden mußten. Damit sollte die Rückkehr zu dem weitere Bevölkerungskreise umfassenden Wahlgesetz gewährleistet werden, ohne daß es zu einer Beeinträchtigung von bundesrechtlichen Bestimmungen führen durfte. In Sachsen bedeutete dies die Rückbesinnung[109] auf ein relativ freies Wahlgesetz aus dem Landtag

[106] «Sächsische Constitutionelle Zeitung», Nr. 258 vom 4. November 1860.

[107] Kurhessische Landtagsverhandlungen, 1858-1860, II. Kammer, Beilage 60 (Antrag samt Anlage); siehe dazu weiterführend U. VON NATHUSIUS, *Kurfürst, Regierung und Landtag im Dauerkonflikt*, S. 489.

[108] «Leipziger Generalanzeiger», Nr. 272; «Deutsche Allgemeine Zeitung», Nr. 278 vom 27. November 1860, S. 2408: «Wenn einmal eine Änderung des Wahlgesetzes beantragt werden soll, warum will man sich nicht, wie in Kurhessen, auf den Rechtsboden stellen und die Wiederherstellung des vollkommen legal vereinbarten Wahlgesetzes von 1848 – mit Ausscheidung etwaiger Bundeswidrigkeiten – beantragen, zumal da aus diesem Wahlgesetz bei der letzten danach vorgenommenen Wahl die intelligentesten und best gesinnten Kammern hervorgegangen sind, die Sachsen je gehabt hat?»

[109] «Deutsche Allgemeine Zeitung», Nr. 279 vom 28. November 1860, S. 2418: Die Kammer müsse, «auf das dem Landtag von 1849/50 im Entwurfe vorgelegte, gleichfalls ... ziemlich freisinnige Wahlgesetz» zurückkommen. Ein Antrag mit dem gleichen Tenor wurde am 30. November 1860 in der 2. Kammer eingebracht (MVL 1860/61, 2. Kammer, S. 294-296). Vgl. zu den Diskussionen ausführlich A. NEUMANN, *Landtag und Politik in der Reaktionszeit*, S. 210 ff.

von 1849/50, das nur im Entwurf vorgelegen hatte und niemals verabschiedet worden ist. Gerade die «Sächsische Constitutionelle Zeitung»[110] wies in einem Artikel auf die Parallelen zu Kurhessen hin: Der Beitrag geht davon aus, daß es nur noch in dem durch die Reaktionspolitik der 1850er Jahre immer rückständiger gewordenen Kurhessen eine Honoratiorenvertretung gibt[111]. Dem müsse in Sachsen durch eine nunmehr allgemeine Vertretung entgegengewirkt werden. Aus dieser Äußerung läßt sich schließen, daß die liberale Presse Sachsen hinsichtlich seiner Verfassungswirklichkeit als genauso rückständig ansah wie Kurhessen. Der Vergleich ist aber nur hinsichtlich der politischen Teilhabe an der Macht und dem zurückgedrängten Einfluß des Parlaments möglich. Vor allem die Einschränkung bei der Haushaltszustimmung, die eingeschränkten Wahlmöglichkeiten und die dadurch kaum repräsentativen Kammern zeigen die ähnlichen Probleme in der Reaktionszeit zwischen 1850 und 1860 auf. Tatsächlich ist auf dieser Grundlage die Verfassung von 1831 ausgehebelt worden.

Der Regierungsentwurf zu einem Wahlgesetz aus dem Jahr 1861 ging über das Wahlgesetz von 1831 kaum hinaus und negierte somit die demographische und gesellschaftliche Entwicklung der letzten 30 Jahre. Beibehalten wurde die ständische Gliederung, die noch ganz dem Gedankengut des beginnenden 19. Jahrhunderts verhaftet war. Die liberalen Vorstellungen wurden abgelehnt, eine Rückkehr zu dem Wahlgesetz von 1848 gar nicht in Betracht gezogen. Die Reaktion hatte durch die Vorlage des Wahlgesetzes alles unternommen, um den Rückschritt weiterhin normativ zu manifestieren. Im Gegensatz zu Kurhessen spielte die liberale Opposition in den Kammern kaum eine Rolle, sondern ließ sich durch die Regierung teilweise instrumentalisieren. Daraus wird auch erklärlich, warum es keine Ministeranklagen oder Überprüfungen vor dem Staatsgerichtshof gab, wie sie zur selben Zeit in Kurhessen an der Tagesordnung waren. Erst gegen Ende der 1860er Jahre kam es zu einer schrittweisen Umkehr dieser Verhältnisse, nachdem Ferdinand von Beust 1866 zurücktreten mußte. Ein Beleg dafür ist das neue Wahlgesetz von 1868.

Für die verfassungsrechtliche Entwicklung des Königreichs Sachsen ist daher das Wahlgesetz von 1868 wesentlich, das der Leipziger Rechts-

[110] «Sächsische Constitutionelle Zeitung», Nr. 289 vom 12. Dezember 1860.

[111] Siehe zu Kurhessen nur U. VON NATHUSIUS, *Kurfürst, Regierung und Landtag im Dauerkonflikt*, S. 371 ff., sowie F. THEISEN, *Justiz und Parlament. Kurhessische Juristen als Abgeordnete*, in A.G. MANCA - W. BRAUNEDER (edd), *L'istituzione parlamentare nel XIX secolo. Una prospettiva comparata* (Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beiträge 10), Bologna 2000, S. 306 ff.

wissenschaftler Carl Friedrich (von) Gerber[112], der an der sächsischen Universität Deutsches Privatrecht und Staatsrecht las, mit ausgearbeitet hat. Er beschäftigte sich schon während seiner Universitätstätigkeit mit den Fragen des Wahlrechts und einer Reform desselben. 1867 sprach er sich in einer Vorlesung zum Staatsrecht gegen ein Zensuswahlrecht aus; jedoch war er ebenfalls kein Verfechter des allgemeinen Wahlrechts, da es nach seiner Meinung «reiner Zufall sei, ob das Resultat zweckentsprechend sei, da die numerisch größere Zahl nicht selten als der politisch weniger bedeutende Teil des Volkes erscheine»[113]. Nach seinen Darlegungen in der vorgenannten Vorlesung vertrat er die Auffassung, daß ein Wahlgesetz sich nach den beruflichen Gliedern eines Volkes richten müsse. Das neue Wahlgesetz war dennoch verhältnismäßig freiheitlich, so Walther Fabian[114], da es eine Tendenz zur Begünstigung eines funktionierenden Parteiensystems – in Gegensatz zu einer Honoratiorenversammlung wie in den Jahren zuvor – enthielt. Davon profitierte in Sachsen später die Sozialdemokratie, die bis 1896 zur stärksten Kraft im Lande aufstieg, bis die Konservativen zusammen mit den Liberalen ein Zensuswahlrecht einführten, das aber immer noch mehr Zugeständnisse als in Preußen enthielt.

Auch hinsichtlich der Diskussion um die Wahlrechtsreform zeigt sich in Sachsen eine Stagnation solange, wie die Regierung mit Hilfe der Konservativen die beiden Kammern des Parlaments für sich nutzen konnte. Dadurch wurde der Umbau des Staates gewährleistet, da die Abgeordneten die Politik der Reaktion von 1850 bis 1866 mehr oder weniger mitgetragen haben.

4. *Ergebnis*

Es ergibt sich ein relativ zwiespältiges Bild, was sich schon im sächsischen *BGB* verdeutlicht. Zwar war es bis auf Ausnahmen dem pandektistischen Gedankengut der Historischen Schule verschrieben, dennoch konnten die Zwischendeputierten der 1. Kammer die liberalen Grundtendenzen der

[112] C.F. (von) Gerber (1823-1891): Professor an der Universität Erlangen, 1847-1851; Professor an der Universität Tübingen, 1851-1862; Kanzler der Universität Tübingen; Professor an der Universität Jena, 1862-1863; Professor an der Universität Leipzig, 1863-1871; Kultusminister des Königreichs Sachsen, 1871; Vorsitzender des Gesamtministeriums, 1891; Schüler des Leipziger Germanisten Wilhelm Eduard Albrecht.

[113] Zitiert nach O. LIEBMANN (ed), *Festgabe der Deutschen Juristen-Zeitung zum 500 jährigen Jubiläum der Universität Leipzig*, Sp. 148.

[114] W. FABIAN, *Klassenkampf um Sachsen. Ein Stück politischer Geschichte 1918-1930*, Löbau 1930, S. 15.

Pandektistik zugunsten konservativer, rückwärtsgewandter Rechtsinstitute für ihre Zwecke einschränken. Durch die gesetzliche Einführung von Fideikommissen, die bis in die 20er Jahre des 20. Jahrhunderts Geltung hatte, sind wichtige Merkmale der Privatautonomie wie die Eigentums- und Testierfreiheit, die sonst in dem Zivilgesetzbuch gewährt worden sind, konterkariert.

III. Schlussbetrachtung

Eine Verallgemeinerung der vorgelegten Schlußfolgerungen ist aufgrund der mangelnden Vorarbeiten zur Zeit nicht machbar. Der gezeigte Ausschnitt der Gesetzgebungstätigkeit des Parlamentes verdeutlicht, daß Monarch und Regierung liberale Grundtendenzen zuließen, hinsichtlich bestimmter privatrechtlicher Vorstellungen zusammen mit den konservativen Gruppierungen in den beiden Kammern Reformen aber nur halbherzig angingen.

Große Teile des Adels waren zunächst liberal gesinnt und konnten im Vormärz die Regierung stellen. Dabei ging es vor allem um den Erhalt der wirtschaftlichen Grundlage, was beispielsweise kürzlich von Thomas Kroll für die Toskana[115] oder Ewald Grothe für Kurhessen[116] festgestellt werden konnte.[117] Erst durch die Berufung Ferdinand von Beusts kam es zu einer Richtungsänderung, zu einer hochkonservativen, vor allem nach außen restaurativen, eng an Österreich angelehnten Politik[118]. Festzustellen ist eine implizite Verfassungsänderung, also ähnlich wie Anna Gianna Manca[119] für Preußen nachzuweisen vermochte.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß die zweite Kammer des Parlaments und die liberal eingestellten Juristen seit den 1860er Jahren nur noch in Zusammenarbeit mit den konservativen Kräften ihre Vorstellungen

[115] Siehe nur die Arbeit von Th. KROLL, *Die Revolte des Patriziats. Der toskanische Adelsliberalismus im Risorgimento*, Tübingen 1999, S. 148 ff.

[116] Zu verweisen ist auf E. GROTHE, *Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt*, S. 189 ff.

[117] S. LÄSSIG - K.H. POHL, *Vorwort*, S. 5-6.

[118] K. BLASCHKE, *Grundzüge sächsischer Geschichte zwischen der Reichsgründung und dem Ersten Weltkrieg*, in S. LÄSSIG - K.H. POHL (edd), *Sachsen im Kaiserreich*, S. 14: «Lediglich in der Ära Beust von 1849 bis 1866 ist davon abgewichen, aber sie erweist sich im Rückblick als der letzte eitle und untaugliche Versuch eines sächsischen Politikers des 19. Jahrhunderts, im Konzert der Mächte ein Wort mitreden zu können».

[119] A.G. MANCA, *La sfida delle riforme*, S. 115 ff.

durchzusetzen vermochten. Vor allem in der wichtigen Bodenfrage kam es nicht zu einer Lösung, die den Vorstellungen der liberalen bürgerlichen Gesellschaft entsprach. Auch in einem vergleichsweise sehr weit industrialisierten Land wie Sachsen sind die Einschränkungen hinsichtlich der Bodenmobilität evident. Der eingeschränkte Gläubigerschutz bei den sogenannten Familienanwartschaften ließ die Kreditsicherung zu einem Wagnis werden, da die Bestellung eines Grundpfandrechts oder einer Hypothek nur bis zu einer gewissen Höhe möglich war. Investitionen wurden auf diese Art verhindert, eine über den gesetzlich festgelegten Betrag zu gewährende Sicherung konnte am Boden nicht vorgenommen werden.

Die Verfassungswirklichkeit ist nach den obigen Ausführungen gerade mit den Fragen der in der Verfassung garantierten Eigentumsfreiheit nicht kompatibel. Die sächsische Konstitution hat demnach gerade in dieser wichtigen Frage, die vom liberalen Bürgertum immer wieder angesprochen wurde, nur eine sehr begrenzte Wirkung gezeigt. Sogar die Lehen konnten bis in die 1880er Jahre nur sehr begrenzt umgewandelt werden. Der Gesetzgeber ging ähnlich wie im modernisierungsfeindlichen Preußen soweit, ein gemeinrechtliches Institut durch ein anderes (Familienanwartschaft) zu ersetzen. Alles in allem zeigt sich die Verfassungswirklichkeit hinsichtlich der Privatautonomie doch deutlich eingeschränkt. Die tägliche Politik ist vor allem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts andere Wege gegangen und hat in der Restaurationszeit durch verschiedene Gesetze liberale Vorstellungen zumindest verwässert, wenn nicht sogar obsolet gemacht. Dem gegenüber stehen einige Fortschritte, die sich teilweise in den Wahlgesetzen der 1860er Jahre zeigen.

Finito di stampare nell'ottobre 2003
dalle Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

Pubblicazioni dell'Istituto storico italo-germanico in Trento

Annali

I	1975
II	1976
III	1977
IV	1978
V	1979
VI	1980
VII	1981
VIII	1982
IX	1983
X	1984
XI	1985
XII	1986
XIII	1987
XIV	1988
XV	1989
XVI	1990
XVII	1991
XVIII	1992
XIX	1993
XX	1994
XXI	1995
XXII	1996
XXIII	1997
XXIV	1998
XXV	1999
XXVI	2000
XXVII	2001
XXVIII	2002

Quaderni

1. Il cattolicesimo politico e sociale in Italia e Germania dal 1870 al 1914, a cura di *Ettore Passerin D'Entrèves* e *Konrad Repgen*

2. Il movimento operaio e socialista in Italia e Germania dal 1870 al 1920, a cura di *Leo Valiani* e *Adam Wandruszka*
3. I poteri temporali dei vescovi in Italia e Germania nel Medioevo, a cura di *Carlo Guido Mor* e *Heinrich Schmidinger*
4. Il Concilio di Trento come crocevia della politica europea, a cura di *Hubert Jedin* e *Paolo Prodi*
5. Il liberalismo in Italia e in Germania dalla rivoluzione del '48 alla prima guerra mondiale, a cura di *Rudolf Lill* e *Nicola Matteucci*
6. Austria e province italiane 1815-1918: potere centrale e amministrazioni locali. III Convegno storico italo-austriaco, a cura di *Franco Valsecchi* e *Adam Wandruszka*
7. La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo. Strutture e tendenze di storia costituzionale prima e dopo Maria Teresa, a cura di *Pierangelo Schiera*
8. Le città in Italia e in Germania nel Medioevo: cultura, istituzioni, vita religiosa, a cura di *Reinhard Elze* e *Gina Fasoli*
9. Università, accademie e società scientifiche in Italia e in Germania dal Cinquecento al Settecento, a cura di *Laetitia Boehm* e *Ezio Raimondi*
10. Federico Barbarossa nel dibattito storiografico in Italia e in Germania, a cura di *Raoul Manselli* e *Josef Riedmann*
11. La transizione dall'economia di guerra all'economia di pace in Italia e in Germania dopo la prima guerra mondiale, a cura di *Peter Hertner* e *Giorgio Mori*
12. Il nazionalismo in Italia e in Germania fino alla prima guerra mondiale, a cura di *Rudolf Lill* e *Franco Valsecchi*
13. Aristocrazia cittadina e ceti popolari nel tardo Medioevo in Italia e in Germania, a cura di *Reinhard Elze* e *Gina Fasoli*
14. Finanze e ragion di Stato in Italia e in Germania nella prima Età moderna, a cura di *Aldo De Maddalena* e *Hermann Kellenbenz*
15. Konrad Adenauer e Alcide De Gasperi: due esperienze di rifondazione della democrazia, a cura di *Umberto Corsini* e *Konrad Repgen*
16. Strutture ecclesiastiche in Italia e in Germania prima della Riforma, a cura di *Paolo Prodi* e *Peter Johanek*

17. Il Trentino nel Settecento fra Sacro Romano Impero e antichi stati italiani, a cura di *Cesare Mozzarelli* e *Giuseppe Olmi*

18. Le visite pastorali. Analisi di una fonte, a cura di *Umberto Mazzone* e *Angelo Turchini*

19. Romani e Germani nell'arco alpino (secoli VI-VIII), a cura di *Volker Bierbrauer* e *Carlo Guido Mor*

20. La repubblica internazionale del denaro tra XV e XVII secolo, a cura di *Aldo De Maddalena* e *Hermann Kellenbenz*

21. Fascismo e nazionalsocialismo, a cura di *Karl Dietrich Bracher* e *Leo Valiani*

22. Cultura politica e società borghese in Germania fra Otto e Novecento, a cura di *Gustavo Corni* e *Pierangelo Schiera*

23. Istituzioni e ideologie in Italia e in Germania tra le rivoluzioni, a cura di *Umberto Corsini* e *Rudolf Lill*

24. Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale, a cura di *Gustavo Gozzi* e *Pierangelo Schiera*

25. L'evoluzione delle città italiane nell'XI secolo, a cura di *Renato Bordone* e *Jörg Jarnut*

26. Fisco religione Stato nell'età confessionale, a cura di *Hermann Kellenbenz* e *Paolo Prodi*

27. La «Conta delle anime». Popolazioni e registri parrocchiali: questioni di metodo ed esperienze, a cura di *Gauro Coppola* e *Casimira Grandi*

28. L'attesa della fine dei tempi nel Medioevo, a cura di *Ovidio Capitani* e *Jürgen Miethke*

29. Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana, a cura di *Aldo Mazzacane* e *Pierangelo Schiera*

30. Statuti città territori in Italia e Germania tra Medioevo ed età moderna, a cura di *Giorgio Chittolini* e *Dietmar Willoweit*

31. Il «Kulturkampf» in Italia e nei paesi di lingua tedesca, a cura di *Rudolf Lill* e *Francesco Traniello*

32. I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Ottocento e Novecento, a cura di *Raffaella Gherardi* e *Gustavo Gozzi*

33. Il Nuovo Mondo nella coscienza italiana e tedesca del Cinquecento, a cura di *Adriano Prosperi* e *Wolfgang Reinhard*

34. Visite pastorali ed elaborazione dei dati. Esperienze e metodi, a cura di *Cecilia Nubola* e *Angelo Turchini*

35. Il secolo XI: una svolta?, a cura di *Cinzio Violante* e *Johannes Fried*

36. Dalla città alla nazione. Borghesie ottocentesche in Italia e in Germania, a cura di *Marco Meriggi* e *Pierangelo Schiera*

37. L'organizzazione del territorio in Italia e Germania: secoli XIII-XIV, a cura di *Giorgio Chittolini* e *Dietmar Willoweit*

38. Le minoranze fra le due guerre, a cura di *Umberto Corsini* e *Davide Zaffi*

39. Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna, a cura di *Giorgio Chittolini, Anthony Molho* e *Pierangelo Schiera*

40. Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna, a cura di *Paolo Prodi*

41. Regioni di frontiera nell'epoca dei nazionalismi. Alsazia e Lorena / Trento e Trieste, 1870-1914, a cura di *Angelo Ara* e *Eberhard Kolb*

42. Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento, a cura di *Raffaella Gherardi* e *Gustavo Gozzi*

43. Il luogo di cura nel tramonto della monarchia d'Asburgo. Arco alla fine dell'Ottocento, a cura di *Paolo Prodi* e *Adam Wandruszka*

44. Strutture e trasformazioni della signoria rurale nei secoli X-XIII, a cura di *Gerhard Dilcher* e *Cinzio Violante*

45. Il concilio di Trento e il moderno, a cura di *Paolo Prodi* e *Wolfgang Reinhard*

46. Centralismo e federalismo tra Otto e Novecento. Italia e Germania a confronto, a cura di *Oliver Janz, Pierangelo Schiera* e *Hannes Siegrist*

47. Il vincolo del giuramento e il tribunale della coscienza, a cura di *Nestore Pirillo*

48. Comunicazione e mobilità nel Medioevo. Incontri fra il Sud e il Centro dell'Europa (secoli XI-XIV), a cura di *Siegfried De Rachewiltz* e *Josef Riedmann*

49. Per una banca dati delle visite pastorali italiane. Le visite della diocesi di Trento (1537-1940), a cura di *Cecilia Nubola*

50. Fonti ecclesiastiche per la storia sociale e religiosa d'Europa: XV-XVIII secolo, a cura di *Cecilia Nubola* e *Angelo Turchini*

51. Tempi e spazi di vita femminile tra medioevo ed età moderna, a cura di *Silvana Seidel Menchi, Anne Jacobson Schutte* e *Thomas Kuehn*

52. Amministrazione, formazione e professione: gli ingegneri in Italia tra Sette e Ottocento, a cura di *Luigi Blanco*
53. Coniugi nemici. La separazione in Italia dal XII al XVIII secolo, a cura di *Silvana Seidel Menchi* e *Diego Quaglioni*
54. Gli intellettuali e la Grande guerra, a cura di *Vincenzo Calì*, *Gustavo Corni* e *Giuseppe Ferrandi*
55. L'uso del denaro. Patrimoni e amministrazione nei luoghi pii e negli enti ecclesiastici in Italia (secoli XV-XVIII), a cura di *Alessandro Pastore* e *Marina Garbellotti*
56. Ordini religiosi e società politica in Italia e Germania nei secoli XIV e XV, a cura di *Giorgio Chittolini* e *Kaspar Elm*
57. Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XV al XVIII secolo, a cura di *Silvana Seidel Menchi* e *Diego Quaglioni*
58. Per una storia dei santuari cristiani d'Italia: approcci regionali, a cura di *Giorgio Cracco*
59. Suppliche e «gravamina». Politica, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII), a cura di *Cecilia Nubola* e *Andreas Würgler*
60. L'umanità offesa. Stermini e memoria nell'Europa del Novecento, a cura di *Gustavo Corni* e *Gerhard Hirschfeld*
61. Visite pastorali in diocesi di Pavia nel Cinquecento. Una documentazione guadagnata alla storia, a cura di *Xenio Toscani*

Monografie

1. Il mais nell'economia agricola lombarda (dal secolo XVII all'unità), di *Gauro Coppola*
2. Potere e costituzione a Vienna tra Sei e Settecento. Il «buon ordine» di Luigi Ferdinando Marsili, di *Raffaella Gherardi*
3. Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna, di *Paolo Prodi*
4. Stato assoluto e società agraria in Prussia nell'età di Federico II, di *Gustavo Corni*
5. Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento, di *Pierangelo Schiera*
6. Chiesa e potere nella Toscana del Quattrocento, di *Roberto Bizzocchi*

7. L'uomo di mondo fra morale e ceto. Kant e le trasformazioni del Moderno, di *Nestore Pirillo*

8. Disciplinamento in terra veneta. La diocesi di Brescia nella seconda metà del XVI secolo, di *Daniele Montanari*

9. Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento, di *Gustavo Gozzi*

10. I principi vescovi di Trento fra Roma e Vienna, 1861-1918, di *Sergio Benvenuti*

11. Inquisitori e mistici nel Seicento italiano. L'eresia di S. Pelagia, di *Gianvittorio Signorotto*

12. La ragione sulla Sprea. Coscienza storica e cultura politica nell'illuminismo berlinese, di *Edoardo Tortarolo*

13. La coscienza e le leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima Età moderna, di *Miriam Turrini*

14. Stato e funzionari nella Francia del Settecento: gli «ingénieurs» des ponts et chaussées», di *Luigi Blanco*

15. Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'occidente, di *Paolo Prodi*

16. Dalla biologia cellulare alle scienze dello spirito. Aspetti del dibattito sull'individualità nell'Ottocento tedesco, di *Andrea Orsucci*

17. L'inventario del mondo. Catalogazione della natura e luoghi del sapere nella prima età moderna, di *Giuseppe Olmi*

18. Germania e Santa Sede. Le nunziature di Pacelli tra la Grande guerra e la Repubblica di Weimari, di *Emma Fattorini*

19. Legislazione e riforme nel Trentino del Settecento. Francesco Vigilio Barbacovi tra assolutismo e illuminismo, di *Maria Rosa Di Simone*

20. Conoscere per governare. La diocesi di Trento nella visita pastorale di Ludovico Madruzzo (1579-1581), di *Cecilia Nubola*

21. La sfida delle riforme. Costituzione politica nel liberalismo prussiano (1850-1866), di *Anna Gianna Manca*

22. Genealogie incredibili. Scritti di storia nell'Europa moderna, di *Roberto Bizzocchi*

23. Repubblica per contratto. Bologna: una città europea nello Stato della Chiesa, di *Angela De Benedictis*

24. Il governo dell'esistenza. Organizzazione sanitaria e tutela della salute pubblica in Trentino nella prima metà del XIX secolo, di *Rodolfo Taiani*

25. La scienza del cuore. Spiritualità e cultura religiosa in Antonio Rosmini, di *Fulvio De Giorgi*

26. Etica e diritto. La filosofia pratica di Fichte e le sue ascendenze kantiane, di *Carla De Pascale*

27. Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale, di *Pasquale Beneduce*

28. La giustizia ai confini. Il principato vescovile di Trento agli inizi dell'età moderna, di *Marco Bellabarba*

29. Sotto l'occhio del padre. Società confessionale e istruzione primaria nello Stato di Milano, di *Angelo Turchini*

30. Ferdinand Tönnies sociologo hobbesiano. Concetti politici e scienza sociale in Germania tra Otto e Novecento, di *Maurizio Ricciardi*

31. La fine della 'grande illusione'. Uno storico europeo tra guerra e dopoguerra, Henri Pirenne (1914-1923). Per una rilettura della «Histoire de l'Europe», di *Cinzio Violante*

32. La libertà nel mondo. Etica e scienza dello Stato nei «Lineamenti di filosofia del diritto» di Hegel, di *Emanuele Cafagna*

33. Il «Bauernführer» Michael Gaismair e l'utopia di un repubblicanesimo popolare, di *Aldo Stella*

34. Matrimoni di antico regime, di *Daniela Lombardi*

35. Il fisco in una statualità divisa. Impero, principi e ceti in area trentino-tirolese nella prima età moderna, di *Marcello Bonazza*

36. La nobiltà trentina nel medioevo (metà XII - metà XV secolo), *di Marco Bettotti*

37. Dai margini la memoria. Johannes Hinderbach (1418-1486), di *Daniela Rando*

Contributi / Beiträge

1. Italia e Germania. Immagini, modelli, miti fra due popoli nell'Ottocento: Il Medioevo / Das Mittelalter. Ansichten, Stereotypen und Mythen im neunzeh-

nten Jahrhundert: Deutschland und Italien, a cura di/hrsg. von *Reinhard Elze - Pierangelo Schiera*

2. L'Antichità nell'Ottocento / Die Antike im neunzehnten Jahrhundert, a cura di/hrsg. von *Karl Christ - Arnaldo Momigliano*

3. Il Rinascimento nell'Ottocento in Italia e Germania / Die Renaissance im 19. Jahrhundert in Italien und Deutschland, a cura di/hrsg. von *August Buck - Cesare Vasoli*

4. Immagini a confronto: Italia e Germania dal 1830 all'unificazione nazionale / Deutsche Italienbilder und italienische Deutschlandbilder in der Zeit der nationalen Bewegungen (1830-1870), a cura di/hrsg. von *Angelo Ara - Rudolf Lill*

5. Gustav Schmoller e il suo tempo: la nascita delle scienze sociali in Germania e in Italia / Gustav Schmoller in seiner Zeit: die Entstehung der Sozialwissenschaften in Deutschland und Italien, a cura di/hrsg. von *Pierangelo Schiera - Friedrich Tenbruck*

6. Gustav Schmoller oggi: lo sviluppo delle scienze sociali in Germania e in Italia / Gustav Schmoller heute: Die Entwicklung der Sozialwissenschaften in Deutschland und Italien, a cura di/hrsg. von *Michael Bock - Harald Homann - Pierangelo Schiera*

7. Il potere delle immagini. La metafora politica in prospettiva storica / Die Macht der Vorstellungen. Die politische Metapher in historischer Perspektive, a cura di/hrsg. von *Walter Euchner - Francesca Rigotti - Pierangelo Schiera*

8. Aria, terra, acqua, fuoco: i quattro elementi e le loro metafore / Luft, Erde, Wasser, Feuer: die vier Elemente und ihre Metaphern, a cura di/hrsg. von *Francesca Rigotti - Pierangelo Schiera*

9. Identità territoriali e cultura politica nella prima età moderna / Territoriale Identität und politische Kultur in der Frühen Neuzeit, a cura di/hrsg. von *Marco Bellabarba - Reinhard Stauber*

10. L'istituzione parlamentare nel XIX secolo. Una prospettiva comparata / Die parlamentarische Institution im 19. Jahrhundert. Eine Perspektive im Vergleich, a cura di/hrsg. von *Anna Gianna Manca - Wilhelm Brauneder*

11. Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna / Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien. Rechtspraktiken und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit, a cura di/hrsg. von *Marco Bellabarba - Gerd Schwerhoff - Andrea Zorzi*

12. Aspetti e componenti dell'identità urbana in Italia e in Germania (secoli XIV-XVI) / Aspekte und Komponenten der städtischen Identität in Italien und Deutschland (14.-16. Jahrhundert), a cura di/hrsg. von *Giorgio Chittolini - Peter Johanek*

13. Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi / Parlament und Verfassung in den konstitutionellen Verfassungssystemen Europas, a cura di/hrsg. von *Anna Gianna Manca - Luigi Lacchè*

Schriften des Italienisch-Deutschen Historischen Instituts in Trient

1. Faschismus und Nationalsozialismus, hrsg. von *Karl Dietrich Bracher - Leo Valiani*, Berlin 1991

2. Stadtadel und Bürgertum in den italienischen und deutschen Städten des Spätmittelalters, hrsg. von *Reinhard Elze - Gina Fasoli*, Berlin 1991

3. Statuten Städte und Territorien zwischen Mittelalter und Neuzeit in Italien und Deutschland, hrsg. von *Giorgio Chittolini - Dietmar Willoweit*, Berlin 1992

4. Finanzen und Staatsräson in Italien und Deutschland in der frühen Neuzeit, hrsg. von *Aldo De Maddalena - Hermann Kellenbenz*, Berlin 1992

5. Der Kulturkampf in Italien und in den deutschsprachigen Ländern, hrsg. von *Rudolf Lill - Francesco Traniello*, Berlin 1993

6. Die Neue Welt im Bewußtsein der Italiener und der Deutschen des 16. Jahrhunderts, hrsg. von *Adriano Prosperi - Wolfgang Reinhard*, Berlin 1993

7. Fiskus, Kirche und Staat im konfessionellen Zeitalter, hrsg. von *Hermann Kellenbenz - Paolo Prodi*, Berlin 1995

8. Hochmittelalterliche Territorialstrukturen in Deutschland und Italien, hrsg. von *Giorgio Chittolini - Dietmar Willoweit*, Berlin 1996.

9. Die Wirtschaft der Lombardei als Teil Österreichs. Wirtschaftspolitik, Außenhandel und industrielle Interessen 1815-1859, von *Rupert Pichler*, Berlin 1996

10. Die Minderheiten zwischen den beiden Weltkriegen, hrsg. von *Umberto Corsini - Davide Zaffi*, Berlin 1997

11. Das Sakrament der Herrschaft. Der politische Eid in der Verfassungsgeschichte des Okzidents, von *Paolo Prodi*, Berlin 1997

12. Grenzregionen im Zeitalter der Nationalismen. Elsaß-Lothringen / Trient-Triest, 1870, 1914, hrsg. von *Angelo Ara - Eberhard Kolb*, Berlin 1998

13. Staatsräson und Eigennutz. Drei Studien zur Geschichte des 18. Jahrhunderts, von *Klaus-Peter Tieck*, Berlin 1998

14. Strukturen und Wandlungen der ländlichen Herrschaftsformen vom 10. zum 13. Jahrhundert. Deutschland und Italien im Vergleich, hrsg. von *Gerhard Dilcher - Cinzio Violante*, Berlin 2000

15. Zentralismus und Föderalismus im 19. und 20. Jahrhundert. Deutschland und Italien im Vergleich, hrsg. von *Oliver Janz - Pierangelo Schiera - Hannes Siegrist*, Berlin 2000

16. Das Konzil von Trient und die Moderne, hrsg. von *Paolo Prodi - Wolfgang Reinhard*, Berlin 2001